

PENSIÓN COMPENSATORIA CON O SIN LIMITACIÓN TEMPORAL: SOLUCIONES INTERMEDIAS

En los primeros años de aplicación de la ley del divorcio nadie se cuestionó que la pensión compensatoria pudiese fijarse introduciendo un parámetro temporal para su percepción. No fue sino hasta una novedosa sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya, allá por el año 1989, cuando se empezó a cuestionar que la pensión compensatoria podría ser temporal, pero no con la temporalidad que se establece en el Código Civil, esto es, hasta que la beneficiaria de la misma contraiga matrimonio, conviva maritalmente o cambien sus circunstancias económicas o las del que paga la pensión, sino que en la propia resolución ya se establecía de forma expresa un límite temporal para su percepción, con independencia de lo que finalmente pudiese acontecer.

Actualmente, está muy consolidada la tesis favorable a la fijación de un límite temporal a la pensión compensatoria, siempre y cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, ya que en supuestos en los que el matrimonio se ha prolongado por mucho tiempo y la esposa, ya de cierta edad, tiene muchas dificultades para acceder a un puesto de trabajo, reiteradamente los tribunales han optado por no fijar ninguna limitación temporal. Y no cabe duda que es justo y razonable. Sin embargo, existen otros casos en los que por la edad del cónyuge, la duración del matrimonio y sus posibilidades de acceso a un empleo, ya en la resolución judicial se determina la fecha exacta hasta la que tendrá derecho a percibir la pensión. El fundamento jurídico es el siguiente: La concepción actual de la sociedad y el orden de valores imperante impone concebir la pensión compensatoria como un derecho relativo, condicional y circunstancial y, sobre todo, con la posibilidad de ser limitado en el tiempo. Un derecho relativo y circunstancial por cuanto dependerá de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario, un derecho condicional por cuanto una modificación de las concretas circunstancias en que la pensión fue concedida puede determinar su modificación o supresión y, en fin, un derecho limitado en cuanto al tiempo de su duración por cuanto su legítima finalidad no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo familiar en una situación de potencial igualdad de oportunidades (singularmente laborales y económicas) a la que habría tenido de no haber mediado tal anterior vínculo matrimonial.

Pero ¿qué pasa si después de transcurrido dicho plazo el cónyuge beneficiario sigue en la misma situación? Pues que de forma automática se extingue dicha pensión, sin posibilidad de que pueda volver a prorrogarse por un nuevo plazo.

No cabe duda que estamos ante una materia que se presta a numerosos debates y que, como en multitud de ocasiones hemos manifestado, no es bueno aliarse de una manera inflexible con aquellos partidarios que entienden que la pensión compensatoria sólo se extingue por alguna de las causas del artículo 101 del Código Civil o, en el extremo opuesto, con los que hacen de la temporalidad la bandera de la pensión compensatoria.

Habrán casos en los que deberá fijarse la pensión sin limitación temporal, habrá casos en los que podrá establecerse una limitación temporal, pero ¿caben soluciones intermedias? Parece que sí. No hace mucho se ha dictado una sentencia por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Córdoba en la que se abre una puerta a otra opción, de tal manera que se establece la pensión compensatoria y se fija un plazo, no de extinción, sino para comprobar si transcurrido el mismo ha desaparecido o no el desequilibrio, y lo que es más importante, qué ha hecho la beneficiaria para intentar mantenerse por sí misma.

En el supuesto objeto de aquel litigio la esposa, que contaba con 35 años de edad, había estado al cuidado de dos hijas fruto del matrimonio que en la fecha de la separación aún eran menores de edad, durante los 14 años de matrimonio había ayudado a su esposo en la consulta de médico y contaba con cierta cualificación profesional (Técnico de empresas y actividades turísticas y tenía conocimientos en la profesión de esteticén). La sentencia del juzgado estableció una pensión compensatoria de 600 euros y por un período máximo de dos años. La Audiencia Provincial, en sus fundamentos jurídicos, señaló que “debía compararse con la sentencia de instancia, que la pensión discutida es naturalmente (y no necesariamente) temporal. Ahora bien, de dicho carácter no puede deducirse sin más que pueda fijarse de antemano y apriorísticamente su plazo de vigencia. A ello se oponen, en primer lugar, las propias causas que determinan su extinción o modificación y que conforme a la normativa de los artículos 97, 100 y 101, vienen dirigidas a la realización y efectividad del cese del motivo que dio lugar a su nacimiento o a la alteración sustancial en la fortuna de uno u otro cónyuge. Y, en segundo término, la propia ratio del artículo 97 exige que el derecho por él consagrado se mantenga vigente en tanto perdure el desequilibrio inicial que la ruptura matrimonial causó al cónyuge acreedor, lo cual, de ordinario, sólo podrá acreditarse y verificarse con posterioridad... la esposa nunca ha ejercido su profesión, al dedicarse durante el matrimonio al cuidado del hogar y de las hijas menores y a colaborar en la consulta particular de su esposo, por lo que en la actualidad, 14 años después, no puede decidirse que su acceso al mercado laboral y encontrar un empleo digno acorde con el nivel de vida que tenía durante el matrimonio vaya a ser precisamente fácil. Valorando todas estas circunstancias, la Sala considera que la pensión compensatoria con-

cedida debe modificarse en un doble aspecto: elevando su cuantía a 900 euros mensuales y no estableciendo *a priori* limitación temporal y consiguiente extinción automática de la misma, sino fijar el plazo prudencial de 5 años, a partir de la presente sentencia, para que puedan revisarse todas las circunstancias que motivan ahora la fijación de la pensión, y en particular el interés y empeño de la esposa en la búsqueda y obtención de trabajo”.

Tenemos, pues, una nueva alternativa para fijar la pensión compensatoria en aquellos casos en los que si bien es factible el acceso a un empleo por parte de la beneficiaria de la pensión, dicha posibilidad no se produce dentro del término fijado, a pesar de que el cónyuge haya intentado por todos los medios razonables obtener un trabajo y mantenerse por sí misma.

ÍNDICE

Página

ESTUDIOS DOCTRINALES

- Las controversias sobre adjudicaciones y pago de deudas en la liquidación de la sociedad legal de gananciales: aspectos sustantivos del artículo 810 de la LEC. *Ángel Luis Rebolledo Varela* 23
- Prevención de la ejecución forzosa en procesos matrimoniales de mutuo acuerdo. *Amparo Sanguino Botella* 103

JURISPRUDENCIA

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 117
1. Vulneración del derecho a no discriminación por razón del sexo al atribuirle la guarda y custodia de los hijos a la madre basada en un precepto del Código Civil que se derogó por la Ley 11/1990, de 15 de octubre. (*S. 144/2003, de 14 de julio*) 117
 2. Aunque se reconoce que la suegra y propietaria de la vivienda familiar no puede ser parte en el procedimiento matrimonial, al haberse acordado por el juzgado la división material del inmueble, aquélla tiene legitimación para intervenir en la ejecución del auto de medidas provisionales, si bien exclusivamente respecto a la división material y no en cuanto a la atribución del uso. (*S. 166/2003, de 29 de septiembre*) 122

	<u>Página</u>
TRIBUNAL SUPREMO	135
I. Filiación	135
1. Necesidad de dirigir la demanda de reclamación de paternidad contra el menor frente al que se reclama la misma, siendo preciso nombrarle un defensor judicial al existir intereses contrapuestos con la madre. (<i>S. de 17 de enero de 2003</i>)	135
2. Determinación de la filiación paterna extramatrimonial por la declaración de numerosos testigos del entorno geográfico concurriendo pues posesión de estado por notoriedad pública, no siendo obstáculo para ello que no se llegase a practicar la prueba biológica del padre que había fallecido tiempo atrás. (<i>S. de 27 de febrero de 2003</i>)	137
3. Apreciación de oficio por parte del Tribunal Supremo de la necesidad de nombrar un defensor judicial a la menor respecto a la cual se insta la reclamación de paternidad extramatrimonial al existir intereses contrapuestos con su madre. Se da la circunstancia de que la madre se opuso a la práctica de la prueba biológica. (<i>S. de 4 de marzo de 2003</i>)	143
4. Habida cuenta que la demanda de reclamación de paternidad debió dirigirse también contra la persona que aparecía como padre en el Registro Civil, apercibiéndose de su ausencia, el juzgado acordó emplazarlo antes de dictarse sentencia, y siendo improcedente la llamada en ese momento procesal, se acuerda la nulidad de lo actuado, debiendo volver a celebrarse la comparecencia del art. 693 de la antigua LEC. (<i>S. de 10 de marzo de 2003</i>)	146
5. La acción de reclamación de paternidad es imprescriptible, lo que conlleva que no hay ejercicio tardío del derecho con relevancia jurídica que permita considerar la existencia de abuso de derecho. (<i>S. de 11 de marzo de 2003</i>)	148
6. No es necesario demandar a la esposa del presunto padre en el procedimiento de reclamación de paternidad contra aquél, ya que no bastan los meros efectos reflejos del proceso en un tercero para justificar la necesidad de su intervención. (<i>S. de 14 de marzo de 2003</i>)	151

	Página
II. Régimen económico matrimonial	154
1. Carácter privativo de la indemnización percibida por la esposa como consecuencia de un accidente, si bien al confundirse su importe con el dinero de la sociedad ganancial, tendrá derecho en la liquidación a su reintegro, sin que proceda dar carácter privativo a determinados bienes adquiridos constante el matrimonio. (<i>S. de 14 de enero de 2003</i>)	154
2. Las obligaciones económicas que se imponen al esposo en el procedimiento matrimonial tienen carácter personal y nunca pueden ser consideradas como una deuda de la sociedad de gananciales. (<i>S. de 25 de enero de 2003</i>)	156
3. Desestimación de la tercería de dominio basada en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, ya que la anotación de la escritura en el Registro Civil tuvo lugar después de practicarse la traba, no siendo por tanto oponible frente al tercero que embargó el bien inmueble. (<i>S. de 5 de febrero de 2003</i>)	160
4. Rescisión de la compraventa entre cónyuges por haberse realizado en fraude de acreedores (<i>S. de 18 de marzo de 2003</i>) . .	161
5. Desestimación de la demanda interpuesta por el esposo contra la esposa a fin de que se declare que son de su propiedad una serie de inmuebles que constan en el Registro de la Propiedad a nombre de esposa con la que se casó en régimen de separación de bienes, ya que de las pruebas aportadas no se acredita que el pago del precio de los inmuebles los hubiese efectuado el esposo con dinero propio, sin que por otro lado puede entenderse que existe una donación al faltar el requisito sustancial de la escritura pública. (<i>S. de 21 de marzo de 2003</i>)	164
6. No tienen carácter ganancial las acciones obtenidas en virtud del derecho de suscripción preferente por el padre del esposo, sin que se haya acreditado fraude alguno en dicha suscripción acordada por el esposo como administrador único de la sociedad, todo ello sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponder a los cónyuges frente a la herencia yacente del padre del esposo a efectos de un hipotético derecho de reembolso por cuanto, los beneficios de la sociedad no repartidos, sirvieron para compensar el precio de las nuevas acciones no suscritas. (<i>S. de 24 de marzo de 2003</i>)	166

	<u>Página</u>
III. Convenio regulador	171
1. El hecho de incluir los cónyuges en el convenio regulador una cláusula en la que indicaban que el convenio no ha supuesto desequilibrio económico alguno para ninguna de las partes, implica la renuncia al ejercicio posterior de una acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte en la liquidación de ganancias contenida en aquel convenio. (<i>S. de 6 de marzo de 2003</i>)	171
IV. Contratos entre padres e hijos	174
1. Desestimación de la demanda de tercería de dominio interpuesta por el padre contra el embargo de la vivienda que figura en el Registro de la Propiedad a nombre de su hija, ya que se aprecia la falsedad en la causa del contrato de compraventa celebrado entre ambos. (<i>S. de 28 de enero de 2003</i>)	174
V. Uniones de hecho	178
1. Concesión de una indemnización a la conviviente equivalente a un tercio de los bienes que se adquirieron durante la convivencia, en compensación a la atención de la misma a la casa e hijos, sin que pueda considerarse la existencia de una comunidad de bienes ni sociedad civil. (<i>S. de 17 de enero de 2003</i>)	178
2. Existencia de una simulación relativa que encubría una donación en el contrato de compraventa otorgado por los vendedores a favor de una conviviente de hecho, aun cuando con anterioridad el inmueble se había adquirido por el conviviente en documento privado y abonado la totalidad del precio. (<i>S. de 13 de febrero de 2003</i>)	184
3. Validez del contrato pactado entre dos convivientes en virtud del cual se fijó la comunidad de todos los bienes adquiridos durante la convivencia de pareja y una pensión mensual para el caso de separación y ruptura con la finalidad de compensar a la mujer que por motivo de tal convivencia había perdido su anterior actividad laboral hasta que la reanudara, sin que pueda entenderse la existencia de un enriquecimiento injusto. (<i>S. de 18 de febrero de 2003</i>)	192

	<u>Página</u>
VI. Error judicial	198
1. Desestimación de la demanda de error judicial por la denegación de una pensión compensatoria en un procedimiento de divorcio, al no haber quedado demostrado, ni siquiera por vía de presunciones, que la esposa firmase el convenio regulador de la separación —en el que se reconocía la inexistencia de desequilibrio— bajo presión del marido. (<i>S. de 8 de febrero de 2003</i>)	198
VII. Penal	201
1. Condena por un delito de lesiones a los padres, él como autor y la madre como cómplice, y por uno de violencia doméstica habitual sólo al padre que reiteradamente golpeaba a los menores, además de no prestarles los cuidados necesarios, lo que motivó que finalmente fuesen declarados en desamparo. (<i>S. de 11 de marzo de 2003</i>)	201
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	209
1. Fijación de una pensión del art. 41 del Cód de Familia a favor de la esposa, siendo indiferente que el trabajo doméstico haya sido mayor o menor, a tiempo completo o a tiempo parcial, ya que ello redundará en la cuantía de la misma, pero no en su concesión. No existe argumento que permita sostener que su contribución al matrimonio haya de ser extraordinaria o excepcionalmente gravosa para tener derecho a ser compensada por el otro cuando en la crisis matrimonial se produce un desequilibrio económico. (<i>TSJ CATALUÑA, S. de 14 de abril de 2003</i>)	209
2. Nulidad de la escritura de compraventa y declaración de obra nueva otorgada por dos convivientes cuando uno solo de ellos había aportado el dinero, si bien se declara la existencia y validez de un contrato de donación. (<i>TSJ CATALUÑA, S. de 22 de mayo de 2003</i>)	212

	Página
AUDIENCIAS PROVINCIALES	219
I. Separación, divorcio y nulidad	219
1 Desestimación de la demanda de divorcio al haberse acreditado la reconciliación entre los cónyuges después de la sentencia de separación no siendo obstáculo para ello que dicha reconciliación no se pusiera en conocimiento de los tribunales. <i>AP CORDOBA, Sec. 3.ª, S. de 7 de julio de 2003</i>	219
II. Guarda y custodia	221
1. Cambio de custodia a favor del padre, a pesar de que la menor convivía desde su nacimiento con la madre, al haberse acreditado que el clima familiar paterno es más distendido que el materno y ha propiciado que la menor no considere mutuamente excluyentes las relaciones con ambos progenitores. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 17 de junio de 2003</i>	221
2. Se mantiene la custodia del hijo menor a su madre, que convive con una nueva pareja, en base a la aplicación del principio favor filii al contenido del informe psicosocial, considerándose que aunque existió en la relación un incidente grave en el año 2001, solo puede considerarse al mismo como un hecho aislado, existiendo en la actualidad una positiva vinculación con la pareja de la madre. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª, S. de 18 de julio de 2003</i> .	223
3. A pesar de las prescripciones legales dirigidas a que se procure no separar a los hermanos, se atribuye la custodia de los hijos uno a cada progenitor, pues perjudicaría más a los menores separarlos del respectivo progenitor. <i>AP SEVILLA, Sec. 2.ª, S. de 30 de julio de 2003</i>	224
III. Régimen de visitas	225
1. El régimen de visitas padre e hijo, próximo a cumplir ya los tres años, ha de ser amplio, intenso y habitual, ante la ausencia de conducta inapropiada, negativa o perjudicial. <i>AP SEVILLA, Sec. 5.ª, S. de 23 de julio de 2003</i>	225
2. Se revoca el pronunciamiento de la sentencia que establecía el régimen de visitas, conforme al cual, a partir de los 14 años, serían los hijos los que, en base a su deseo se relacionarían con el progenitor no custodio. <i>AP SEVILLA, Sec. 2.ª, S. de 30 de septiembre de 2003</i>	226

	Página
IV. Vivienda familiar	226
1. Se limita el uso de la vivienda concedido a la esposa y a un hijo, hasta que éste cumpla los 18 años, pues aquélla es de la propiedad del marido y con éste convive otro hijo del matrimonio. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 5 de junio de 2003</i>	226
2. Incongruencia de la sentencia que establece que el esposo debe abonar las cuotas del préstamo hipotecario de la vivienda familiar cuando la esposa no solicitó nada al respecto. Existiendo una situación de comunidad, recae sobre ambos esposos la obligación de pagar al 50% las cuotas del préstamo. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 9 de julio de 2003</i>	227
3. Se extingue la atribución del uso de la vivienda familiar al no utilizarla la hija ni la madre a quien se le concedió, hechos acreditados por los recibos de agua y luz. <i>AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 17 de julio de 2003</i>	228
4. No se considera factible la atribución alternativa de la vivienda por semestres a uno y otro cónyuge que postula el marido, por lo problemático de la medida ya que son evidentes las dificultades y los trastornos que tal régimen entraña. <i>AP SEVILLA, Sec. 2.ª, S. de 24 de julio del 2003</i>	229
5. Estimación de la demanda de desahucio por precario sin que exista preferencia de la atribución de uso concedido judicialmente en el procedimiento matrimonial. <i>AP BALEARES, Sec. 3.ª, S. de 3 de octubre de 2003</i>	229
6. Vista la alteración de circunstancias desde que se dictó la sentencia de separación, procede acordar que el pago de la hipoteca no se haga íntegramente por el ex esposo, sino sólo en una proporción del 70 %, abonando el resto la esposa. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª, S. de 31 de octubre de 2003</i>	231
V. Pensión alimenticia y contribución a las cargas	232
1. Fijación de una pensión alimenticia para el hijo solicitada únicamente por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, sin que pueda calificarse de incongruente tal pronunciamiento. Ineficacia de la interposición de una demanda de impugnación de paternidad a los efectos de fijar la pensión alimenticia en procedimiento matrimonial. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 12 de junio de 2003</i>	232

	<u>Página</u>
2. No reconocimiento dentro del procedimiento matrimonial del derecho de alimentos a la hija que está próxima a cumplir treinta años y que ha estado en ocasiones residiendo fuera del domicilio familiar y realizando diversos trabajos. <i>AP MADRID, Sec. 22, S. de 13 de junio de 2003</i>	233
3. Se mantiene por tiempo de 2 años la pensión alimenticia de la hija mayor de edad que ha concluido sus estudios pero depende económicamente de sus padres al estar preparando oposiciones. <i>AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 10 de julio de 2003</i>	234
4. Se admite la asunción del pago de los gastos escolares aunque se haya producido cambio de colegio de público a privado, por cuanto el padre asumió el compromiso de abonarlos sin condicionamiento alguno. <i>AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 10 de julio de 2003</i>	234
5. No se admite la reducción de la pensión por nacimiento de un nuevo hijo, dado que era conocido y tiene carácter voluntario y porque para ello debió tener en cuenta las obligaciones alimenticias del anterior matrimonio. <i>AP SEVILLA, Sec. 5.ª, S. de 14 de julio de 2003</i>	236
6. Se reduce la pensión alimenticia de hijos anteriores del padre, al formar éste una nueva familia con nacimiento de otro hijo, sin ingresos por la nueva pareja, al considerarse, no obstante otros criterios de la jurisprudencia menor, que tal hecho supone un cambio sustancial en las circunstancias que justificaría la modificación de medidas solicitada por el apelante. La reducción acordada supone conjugar los intereses de todos los hijos habidos por el padre. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª, S. de 21 de julio de 2003</i>	236
VI. Pensión compensatoria	238
1. Acreditado el padecimiento psíquico que sufre el ex esposo y que ha sido la causa de la disminución de sus ingresos, procede reducir la cuantía de la pensión compensatoria. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 2 de junio de 2003</i>	238
2. Desestimación de la petición de limitación temporal de la pensión compensatoria que se fijó con carácter indefinido en el procedimiento de separación al no haber concurrido circunstancia modificativa alguna. <i>AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 10 de julio de 2003</i>	239

	Página
3. La circunstancia de que la esposa conviva actualmente con su hermana es irrelevante a efectos de la pensión compensatoria al ser aquélla un tercero ajeno a la relación conyugal. <i>AP MADRID, Sec. 22, S. de 11 de julio de 2003</i>	240
4. Vista la dedicación de la esposa a la familia y la ayuda prestada al esposo en su trabajo, no se establece a priori limitación temporal a la pensión compensatoria, sino que se fija un plazo prudencial de 5 años, a partir de la sentencia, para que puedan revisarse todas las circunstancias que motivan ahora la fijación de la pensión, y en particular el interés y empeño de la esposa en la búsqueda y obtención de trabajo. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 21 de julio de 2003</i>	241
5. Extinguido el derecho a la percepción de la pensión compensatoria por la obtención de un trabajo remunerado generador de recursos dotados de relativa estabilidad, no renace el mismo por el hecho de concluir dicha relación laboral y pasar a la situación de desempleo. <i>AP SEVILLA, Sec. 2.ª, S. de 22 de septiembre de 2003</i>	245
VII. Cuestiones procesales	245
1. Son competentes los tribunales españoles para conocer de declaración de nulidad del matrimonio celebrado en La Habana, entre actor español y demandada cubana, y a falta de domicilio conyugal la competencia es del Juzgado del domicilio de la demandada. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 3 de julio de 2003</i>	245
2. No cabe nulidad de actuaciones por habersele entregado a las partes el informe pericial cinco minutos antes de la Vista, sin causar indefensión, pues no cabe confundir ésta con el resultado poco satisfactorio de aquél para la parte. <i>AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 10 de julio de 2003</i>	246
3. Se admite la competencia para conocer del procedimiento de modificación de medidas a Juzgado distinto al que dictó la sentencia que se pretende modificar, al ser una práctica judicial, no amparada en precepto legal específico que así lo determine. Se deniega la nulidad. <i>AP SEVILLA, Sec. 2.ª, S. de 10 de julio de 2003</i>	247

	<u>Página</u>
VIII. Convenio regulador	248
1. Se admite por la Audiencia, revocando la sentencia de instancia, la adjudicación consensuada en liquidación del régimen económico matrimonial de una parcela de terreno para garantizar los alimentos futuros de los hijos comunes dados los escasos ingresos del progenitor no custodio. <i>AP SEVILLA, Sec. 8.ª, S. de 2 de julio de 2003</i>	248
IX. Ejecución de sentencia	249
1. Eficacia del pago realizado por el progenitor directamente al hijo a efectos de minorar la deuda que mantiene por impago de pensiones. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, A. de 11 de junio de 2003</i>	249
2. No puede darse carácter retroactivo desde la presentación de la demanda a la sentencia que reduce la cuantía de la pensión alimenticia, ya que la retroactividad es inconcebible con la pensión alimenticia que tiene una finalidad subsistencial y mal se comprende que los alimentistas puedan hacer desembolso alguno para reintegrar o, en su caso, compensar al alimentante del exceso percibido desde que se dedujo la demanda hasta que la sentencia redujo la cuantía de la pensión. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 3.ª, S. de 27 de junio de 2003</i>	250
3. Se deniega el mantenimiento del embargo sobre la nómina del esposo solicitado por la esposa beneficiaria de la pensión para evitar futuros incumplimientos como el que había dado lugar a la ejecución, al tener el esposo una situación laboral y económica plenamente estable e identificada lo que facilitaría una nueva retención de su salario, en caso de nuevos retrasos en el pago, si así lo solicitara aquélla. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª S. de 8 de julio de 2003</i>	251

	Página
X. Regímenes económico matrimoniales	251
1. Es ganancial el crédito existente en una cuenta bancaria pues aunque su origen es un giro postal efectuado por los hermanos del marido, sin más especificación, ello no desvirtúa la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 18 de junio de 2003</i>	251
2. Es competente el Juez de Primera Instancia que está conociendo del divorcio para la liquidación consensuada del régimen económico matrimonial, aunque haya precedido separación matrimonial. <i>AP SEVILLA, Sec. 5.ª, S. de 22 de julio de 2003</i> ...	253
3. Habiéndose concertado el préstamo por el esposo rigiéndose el matrimonio por el régimen de separación de bienes, carece de acción aquél para repetir contra su esposa en reclamación de la mitad de lo abonado al quedar acreditado que fue el esposo quien dispuso de la totalidad del capital prestado. <i>AP ZARAGOZA, Sec. 4.ª, S. de 25 de julio de 2003</i>	254
XI. Filiación	256
1. Estimada la demanda de reclamación de paternidad, no procede excluir del ejercicio de la patria potestad a la madre que se opuso a la estimación de aquélla. <i>AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 20 de octubre de 2003</i>	256
XII. Procedimientos de menores	261
1. Se declara a la madre incurso en causa de privación de patria potestad y sólo es necesaria su audiencia en el expediente de adopción, en base a la enfermedad del sistema endocrinológico que padece que implica su falta de idoneidad para atender las necesidades de la hija. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 18 de junio de 2003</i>	261
2. Se revoca la resolución administrativa y se declara la idoneidad de los cónyuges para ejercer la patria potestad en la filiación adoptiva, pues las limitaciones recogidas en el informe del Equipo Psicosocial respecto de la esposa pueden ser suplidas por las aptitudes del esposo, como ocurre en la filiación natural. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 1 de julio de 2003</i>	262

	<u>Página</u>
3. Se declara a la madre incurso en causa de privación de patria potestad sin posibilidad de recuperación aunque hipotéticamente desaparecieran las causas que la motivaron, dado el tiempo transcurrido al estar integrado el menor en la familia adoptiva. <i>AP SEVILLA, Sec. 5.ª, S. de 23 de julio de 2003</i>	264
4. La guardadora de hecho tiene legitimación para oponerse a la declaración de desamparo acordada por la Administración, desestimando asimismo el desamparo al no apreciarse causas graves en el cumplimiento de las obligaciones de aquélla. <i>AP VALENCIA, Sec. 10.ª, S. de 9 de septiembre de 2003</i>	264
XIII. Temas penales	266
1. Absolución del delito de revelación de secretos a la esposa que cogió varios documentos relativos a la actividad profesional del esposo que se encontraban en el despacho del mismo ubicado en una habitación del mismo domicilio, a los efectos de presentarlos en el procedimiento matrimonial para acreditar la situación económica de aquél. <i>AP SEVILLA, Sec. 1.ª, S. de 14 de noviembre de 2003</i>	266

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

1. Filiación	271
1.1. Ineficacia del reconocimiento efectuado por un español respecto del hijo de su esposa al no corresponder con la veracidad biológica. <i>R. de 23 de mayo de 2003</i>	271
1.2. Para que los apellidos de un menor coincidan con los apellidos de los hijos que nacieron tras contraer la madre matrimonio, es ineficaz el reconocimiento de complacencia efectuado por el esposo. <i>R. de 3 de junio de 2003</i>	273

	Página
2. Matrimonio	276
2.1. Al considerarse que existen nuevos hechos de los que se deduce la existencia de consentimiento matrimonial ya que los cónyuges conviven juntos, se admite la inscripción de un matrimonio que inicialmente había sido denegada por el Cónsul. <i>R. de 24 de junio de 2003</i>	276
2.2. Inscripción del matrimonio celebrado entre español y ucraniana, ya que si bien la estancia de la ucraniana en España ha sido irregular en algún momento, se ha comprobado en el recurso que ambos han convivido juntos en España durante varios meses a partir de enero de 2002 y que la ucraniana entiende suficientemente el idioma español. <i>R. de 24 de junio de 2003</i>	278
3. Regímenes económico-matrimoniales	280
3.1. Denegación de la inscripción de unas capitulaciones matrimoniales que tienen como contenido exclusivo establecer unas estipulaciones para el supuesto de que en un futuro se produjera una separación judicial y/o un divorcio. <i>R. de 19 de junio de 2003</i>	280
3.2. Denegación de la inscripción en el Registro de la Propiedad del convenio regulador de la separación en el que se pactaba que “Los cónyuges otorgarán capitulaciones matrimoniales en las que cesará el régimen de gananciales, estableciéndose desde este momento que la esposa se adjudicará la vivienda familiar”. <i>R. de 5 de julio de 2003</i>	282

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

— Aplicación en el Registro Civil del Reglamento Comunitario 1347/2000 “BRUSELAS II”. Análisis comparativo con el nuevo Reglamento Comunitario 2201/2003 que deroga al 1347/2000 respecto al reconocimiento registral de resoluciones judiciales en materia matrimonial. <i>Susana Salvador Gutiérrez</i>	287
---	-----

TRIBUNA ABIERTA

- A propósito del Derecho de Familia: otra visión del artículo 1438 del Código Civil. *Santiago de Miota* 311

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

- Publicaciones y Noticias 321

AVANCES JURISPRUDENCIALES

- Avances jurisprudenciales 335

ESTUDIOS DOCTRINALES

LAS CONTROVERSIAS SOBRE ADJUDICACIONES Y PAGO DE DEUDAS EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD LEGAL DE GANANCIALES: ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL ARTÍCULO 810 DE LA LEC (*)

ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO

I. CONTROVERSIAS EN TORNO A LA PROPUESTA DE LIQUIDACIÓN

II. EL AVALÚO DE LOS BIENES

1. El problema de si corresponde a la fase de inventario o de liquidación incluir en la propuesta.
2. Momento temporal con referencia al cual ha de hacerse el avalúo.
3. Valoración de bienes sometidos a limitaciones económicas en su transmisión.
4. La valoración de la vivienda familiar.
5. La valoración de los bienes por el contador y su impugnación.

III. EL PAGO DE DEUDAS A TERCEROS

1. Pago de las deudas gananciales: referencia a la posición de los terceros acreedores en la liquidación.
2. Pago de las deudas alimenticias.

(*) El presente trabajo constituyó la Ponencia presentada en el Curso de Formación “La división judicial de patrimonios: aspectos sustantivos y procesales”, dirigido por D. José Luis Seoane Spiegelber y organizado por el Consejo General de Poder Judicial.

3. La aplicación de los privilegios crediticios.
4. El pago mediante adjudicaciones de bienes gananciales.
5. Requisitos de la dación en pago: el consentimiento unánime del acreedor y de ambos cónyuges.
6. Falta de acuerdo: propuesta de enajenación y sobre qué bienes se enajenan.
7. Posibilidad de que se adjudique el pago de la deuda a uno de los cónyuges.
8. Incumplimiento del cónyuge: sus consecuencias.
9. Deudas no vencidas.

IV. EL PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES Y REEMBOLSOS DEBIDOS A LOS CÓNYUGES

1. Posposición respecto de los acreedores externos.
2. Insuficiencia del patrimonio ganancial.
3. Forma de pago.
4. La realización de compensaciones.

V. EL PAGO DE LAS DEUDAS PERSONALES ENTRE CÓNYUGES

1. Requisitos de las deudas personales para la aplicación del artículo 1405 del CC.
2. El problema de su inclusión en la propuesta de liquidación.
3. Forma de pago.

VI. ADJUDICACIONES DE BIENES

1. Los criterios generales del artículo 1061 del CC.
2. Adjudicación en titularidad exclusiva o en pro indiviso ordinario.
3. Adjudicación pro indiviso de la vivienda familiar: el derecho de uso y acción de división.
4. Posibilidad de adjudicar bienes a un cónyuge con abono al otro de la diferencia con dinero propio.
5. La adjudicación de bienes vinculados a la titularidad administrativa de un cónyuge.
6. La adjudicación de bienes en arrendamiento.
7. Los derechos de adjudicación preferente.
8. Forma de concreción del ejercicio de los derechos de adjudicación preferente.
9. Otros posibles derechos de adjudicación preferente: la atribución del uso de la vivienda familiar en convenio regulador o sentencia.

I. CONTROVERSIAS EN TORNO A LA PROPUESTA DE LIQUIDACIÓN

La anterior doctrina jurisprudencial recaída sobre el artículo 1088 de la derogada LEC [SSTS de 5 de julio de 1994 (RJ 1994, 6428) y 27 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1648)], había puesto expresamente en cuestión la existencia de los incidentes de inclusión y exclusión de bienes y ello con la finalidad de que se resolvieran en un único juicio todas las diferencias que pudieran surgir en la liquidación de la sociedad de gananciales, sean sobre la composición del activo o pasivo y la calificación de los bienes, su valoración, adjudicaciones, etc., entendiendo las operaciones divisorias como un único procedimiento. Frente a ello, la regulación vigente del cauce procesal para practicar la liquidación de un régimen económico comunitario, bien sea la sociedad de gananciales del Código Civil o uno de comunidad de las legislaciones autonómicas, supone la consagración legal de aquellos incidentes creados por la práctica judicial pero no existentes en la LEC, desde el momento en que en los artículos 806 y siguientes de la LEC se contemplan ahora dos fases procesales claramente diferenciadas: una, de formación de inventario de los bienes y las deudas que integran el patrimonio consorcial (arts. 808 y 809 LEC) y, otra, la fase de liquidación propiamente dicha sobre la base del inventario previamente realizado, sobre el que ha recaído conformidad de los cónyuges o ha sido aprobado en sentencia (art. 810 LEC) ⁽¹⁾.

Respecto de tal fase de liquidación, como señalan RAMS-LACRUZ ⁽²⁾, el conocimiento de todos los bienes del consorcio, de todas las relaciones entre masas patrimoniales y de todas las deudas consorciales (es decir, determinado el activo y pasivo de la sociedad conyugal), permite plantear la extinción de las relaciones y deudas, la indemnización por bienes perdidos y deteriorados y la distribución de las ganancias reales, proyectando las predetracciones y atribuciones preferentes; destinando el dinero y los bienes más fáciles de enajenar para el pago de deudas e indemnizaciones pecuniarias, y confeccionando con los restantes los lotes precisos. Y así, una vez concluida la primera fase de formación de inventario tal y como exige el artículo 810.1 LEC, sea por acuerdo de los cónyuges en la comparecencia (art. 809.1 LEC) o sea por sentencia si han surgido discrepancias sobre la inclusión o exclusión de algún concepto o sobre el importe de cualquiera de las partidas (art. 809.2 LEC) —con la duda en

(1) Sobre los aspectos procesales de la liquidación de la sociedad de gananciales puede verse REBOLLEDO VARELA, “La liquidación del régimen económico matrimonial”, *Cuestiones de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Manuales de Formación Continua, núm. 17, *Consejo General del Poder Judicial*, Madrid, 2002, pgs. 187 y sigs.

(2) *Elementos de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2002, pg. 266.

este caso de si para ello se requiere o no sentencia firme en el procedimiento verbal— y en donde ya se habrá resuelto la conflictiva cuestión sobre la calificación ganancial o privativa de bienes y deudas⁽³⁾ y fijado de manera definitiva el activo y el pasivo de la sociedad conyugal, dará comienzo la segunda, claramente distinta de la anterior, en la que cada cónyuge podrá solicitar la liquidación, para lo cual el artículo 810.2 de la LEC le exige que la solicitud la acompañe de una propuesta que incluya el pago de las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge y la división del remanente en la proporción que corresponda, teniendo en cuenta, en la formación de los lotes, las preferencias que establezcan las normas civiles aplicables, es decir, y respecto de la sociedad de gananciales, conforme a lo establecido en los artículos 1399 y siguientes del CC.

En esta segunda fase referida estrictamente a la liquidación del pasivo y adjudicación del remanente puede nuevamente volver a surgir el conflicto entre los cónyuges pues, aunque en la propuesta con la que se inicia el trámite ya no se pueden variar los conceptos y partidas incluidas en el inventario de la fase previa, en aquélla el cónyuge propondrá lo que estime más conveniente sobre la forma de pago de las deudas a terceros (arts. 1399 y 1400 del CC), sobre el pago de las indemnizaciones y reembolsos entre los consortes (art. 1403 del CC), ejercerá los derechos de adjudicación preferente de los que se considere titular (arts. 1406 y 1407 del CC), planteará la posible adjudicación de bienes gananciales para el pago de deudas personales (art. 1405 del CC), y con el remanente elaborará unos lotes que adjudicará a cada uno (art. 1404 del CC), todo ello acompañado, como se dice a continuación, del correspondiente avalúo de los bienes.

Ante tal propuesta, el consorte en la comparecencia prevista en el artículo 810.3 LEC puede mostrar su conformidad o disentir, y ante la falta de acuerdo entrará ya en juego el contador (art. 810.5 LEC), que tendrá que elaborar el cuaderno particional resolviendo los puntos en discordia (art. 786 LEC). Frente a tal cuaderno se podrá formular oposición (art. 787 LEC) que puede acabar tramitándose por los cauces del juicio verbal que culminará con una sentencia en la que se tendrán que resolver cuestiones de derecho sustantivo, para lo que cada cónyuge habrá mantenido su posición e interpretación sobre cuestiones como: A) avalúo de los bienes, en cuanto al momento temporal al que debe practicarse, valoración de bienes sometidos a limitaciones económicas en su transmisión, posible valoración del derecho de uso de la vivienda familiar; B) pago de deudas a terceros, sobre cuáles son las deudas alimenticias a que se

(3) Sobre los aspectos sustantivos del artículo 809 LEC en cuanto a las controversias sobre calificación de bienes en la liquidación de la sociedad de gananciales, *vid.* REBOLLEDO VARELA, “Bienes gananciales y privativos en la liquidación de la sociedad de gananciales: el activo del inventario”, *SEPIN. Familia*, núm. 22, mayo 2003, pgs. 23 y sigs. y núm. 23, junio 2003, pgs. 19 y sigs.

refiere el artículo 1399 del CC, cuándo procede y qué requisitos se exigen para que se puedan pagar a terceros con bienes gananciales (art. 1400 del CC), qué bienes han de enajenarse y en qué forma si uno de los cónyuges o el acreedor se opone a la dación en pago, posibilidad de que se atribuya el pago de la deuda a uno de los cónyuges adjudicándose para ello un bien o bienes y sus efectos; C) cómo se articula el pago de las indemnizaciones y reembolsos debidos a los cónyuges (art. 1403 del CC) y qué ha de entenderse por deudas personales enmarcables en el artículo 1405 del CC; D) adjudicaciones de bienes, en cuanto a cuál es el alcance del artículo 1061 del CC, si es posible la adjudicación en *pro indiviso*, especialmente de la vivienda familiar y su repercusión sobre el ejercicio posterior de la acción de división, la posibilidad de adjudicar bienes a un cónyuge con abono al otro de la diferencia con dinero propio y el problema de la aplicación o no del artículo 1062 del CC, cómo deben adjudicarse los bienes comunes con titularidad administrativa o en régimen de arrendamiento, qué derechos de adjudicación preferente pueden concurrir y si la atribución del uso de la vivienda familiar en la sentencia de separación o divorcio repercute a estos efectos, etc.

Partiendo de la base de una liquidación conflictiva del régimen económico, en la exposición que a continuación se realiza se intentan analizar tales problemas de derecho sustantivo que surgen o pueden surgir en la fase procesal regulada en el artículo 810 LEC.

II. EL AVALÚO DE LOS BIENES

1. EL PROBLEMA DE SI CORRESPONDE A LA FASE DE INVENTARIO O DE LIQUIDACIÓN INCLUIBLE EN LA PROPUESTA

A la vista de la actual regulación del procedimiento para la liquidación de la sociedad de gananciales cabe la duda de si en la propuesta de inventario a que se refiere el artículo 808 de la LEC debe incluirse necesariamente el avalúo de los bienes, es decir, si el mismo ha de realizarse en fase de inventario, teniendo que resolver sobre ello el tribunal en el ámbito del artículo 809.2 de la LEC, o más bien en la fase de liquidación ⁽⁴⁾. En principio, y teniendo en cuenta que el

(4) Pueden verse las contestaciones a la encuesta jurídica “¿La valoración de los bienes de la sociedad legal de gananciales debe incluirse en la fase de inventario del artículo 809 de la LEC, o de la liquidación propiamente del artículo 810 de la LEC?”, *SEPIN FAMILIA*, núm. 10, abril 2002, pgs. 7 y sigs. La mayoría de los encuestados se inclinan por la liquidación.

artículo 809.2 de la LEC prevé la posibilidad de que surjan controversias sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, se podría concluir que tales importes hacen referencia a los valores adjudicados a los bienes, con lo que el inventario propuesto por el cónyuge debería comprender el avalúo y ante la controversia resolverla el tribunal pronunciándose sobre ella en sentencia, por lo que en fase de liquidación y correspondiente propuesta ya no podría volverse sobre tal cuestión. Ésta es la interpretación mantenida por MARTINELL⁽⁵⁾, entendiendo que las partidas de la propuesta de inventario deben contener no sólo el concepto, sino también su cuantificación o valoración económica, como se deduce de lo previsto en el artículo 809.2 de la LEC, y, en base al mismo argumento, OLIVER LÓPEZ⁽⁶⁾ coincide en que es en fase de inventario y no de liquidación, en la que ha de procederse al avalúo de los bienes.

Sin embargo, en mi opinión, la conclusión contraria parece más adecuada con el marco legal de la LEC pues las fases de inventario y avalúo aparecen claramente diferenciadas. Conforme al artículo 784.1 de la LEC, al que se remite el artículo 810.5 de la LEC ya en fase de liquidación no de inventario, se prevé la designación del contador que practique las operaciones divisorias del caudal así como el nombramiento de peritos que hayan de intervenir en el avalúo de los bienes⁽⁷⁾. Igualmente, el artículo 785 de la LEC, también de aplicación a la liquidación del régimen económico matrimonial, recoge cómo el contador, y los peritos en su caso designados [para auxiliar al contador], procederán a practicar el inventario, cuando éste no hubiese sido hecho, y el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario [en nuestro caso consorcial]. Por su parte, el artículo 786.1 de la LEC establece cómo el contador ha de respetar las reglas establecidas por el testador a la hora de hacer el inventario, el avalúo, liquidación y división de los bienes. Por último, el artículo 786.2 de la LEC señala cómo en el cuaderno o escrito que ha de presentar el contador se expresará la relación de los bienes que formen el caudal partible [inventario], el

(5) “Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial”, *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, vol. IV, coordinados por Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol, Economist&Jurist, Barcelona, 2000, pg. 169.

(6) “Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial”, *El proceso Civil*, Vol. VIII, de Oliver López y otros, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pg. 6676.

(7) Tan clara parece la norma sobre la función de los peritos que, en opinión de FERNANDEZ GARCÍA, “El procedimiento de división judicial de la herencia”, *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, vol. IV, coordinados por Jaime Alonso-Cuevillas Sayrol, Economist&Jurist, Barcelona 2000, pg. 142, los peritos están llamados exclusivamente a efectuar el avalúo de los bienes.

avalúo de los comprendidos en esa relación y la liquidación, división y adjudicación.

Parece claro pues que se distingue claramente inventario de avalúo en dos momentos diferentes lo cual, por otra parte, tiene su razón de ser porque el valor a tener en cuenta, como se dice a continuación, es el de la liquidación, sólo posible en el específico trámite de liquidación del régimen (art. 810.1 LEC) posterior siempre a la disolución del régimen económico matrimonial (art. 95 del CC), mientras que la fase de inventario puede tener lugar en un momento muy anterior (art. 808 LEC). Por todo ello, la referencia del artículo 809.2 de la LEC a la controversia sobre el importe de cualquiera de las partidas, a mi modo de ver, no debe interpretarse como referencia al importe de los bienes según su avalúo, sino exclusivamente al importe de las partidas, incluidas o excluidas, a que se refieren los artículos 1397 y 1398 del CC (saldos, dinero, importes actualizados de cantidades que deben ser incluidas), y en este sentido es en el que se pronuncia mayoritariamente la doctrina⁽⁸⁾ y la jurisprudencia. Así, la SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 19 de febrero de 2002 (AC 2002, 467), con todo acierto declara que:

“Considera esta Sala que las partes y la Juzgadora de instancia han mal interpretado el alcance del inventario regulado en el artículo 808 de la LEC y, sobre todo, en lo que respecta a la controversia que puede suscitarse sobre la inclusión o exclusión de algún concepto o partida, la cual ha de resolverse tras la celebración de una vista acomodada al trámite del juicio verbal (art. 809.2). Lo que pretenden los preceptos antes citados no es más que determinar al inicio del proceso matrimonial cuáles son los bienes y las deudas comunes a fin de garantizar que durante la tramitación del proceso —normalmente larga— no sean detraídos por alguno de los cónyuges, así como proveer a su administración. No tiene sentido discutir en esta fase previa cuál es el valor de los bienes, cuando éste habrá de determinarse en relación al que tengan en el momento de la disolución y ulterior liquidación del régimen económico matrimonial tal y como determina, en relación con

(8) Similares argumentos a los expuestos son utilizados por GUILARTE GUTIÉRREZ, “Del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. IV, dirigidos por Lorca Navarrete y coordinados por Guilarte Gutiérrez, Lex Nova, Valladolid, 2000, pgs. 409-410, para llegar a la misma conclusión de que el inventario no comprende el avalúo. En general, la doctrina se pronuncia en el mismo sentido. Vid. DÍAZ FUENTES, *División de la herencia y liquidación del régimen económico matrimonial*, Bosch, Barcelona, 2001, pg. 210 y ACHA MANCISIDOR, “El procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil”, *Los procesos matrimoniales*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 2000, pg. 181.

el inventario, el artículo 1397.1 del CC en sede de la sociedad legal de gananciales y se desprende del artículo 810 de la LEC. En definitiva el alcance del inventario únicamente se contrae a los bienes y deudas existentes en ese momento, sin que proceda valorar las partidas que notoriamente van a sufrir modificación en el tiempo que transcurra entre su confección y la partición de los bienes.”

Tampoco la SAP de Burgos, Sección 3.ª, de 21 de febrero de 2003 (JUR 2003, 122724) y SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 15 de febrero de 2002 (Base de Datos de Derecho de Familia), tienen duda alguna de que el avalúo ha de realizarse en la fase de liquidación y no en la de inventario, rechazando la petición en tal sentido realizada por uno de los cónyuges. Por su parte, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 4.ª, de 25 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 72804), aunque se muestra partidaria de la interpretación de que corresponde en la liquidación, admite su discusión en fase de inventario si los cónyuges han acompañado su propuesta con las valoraciones discrepantes y se realiza la correspondiente prueba pericial. Sin embargo, es de resaltar la existencia de resoluciones que no se plantean el problema procesal, y así pueden verse las SAP de Almería, Sección 2.ª, de 7 de febrero de 2003 (SP/SENT/43211), SSAP de Badajoz, Sección 3.ª, de 31 de enero de 2003 (LA LEY JURIS 1399592/2003) y de SAP Madrid, Sección 22, de 22 de septiembre de 2002 (SP/SENT/40311), que resuelven las discrepancias que en fase de formación de inventario surgieron entre los cónyuges no sobre la calificación ganancial de los bienes sino sobre su valoración.

2. MOMENTO TEMPORAL CON REFERENCIA AL CUAL HA DE HACERSE EL AVALÚO

Aunque normalmente no existe mayor dificultad en admitir que a efectos de composición del inventario en cuanto a las partidas que se integran en el activo (art. 1397 del CC) y pasivo (art. 1399) —sin perjuicio de las peculiaridades admitidas por la jurisprudencia respecto de la separación de hecho⁽⁹⁾—, ha de estarse al momento de disolución del régimen económico (arts. 95, 1392 y

⁽⁹⁾ Cabe recordar la consolidada doctrina jurisprudencial en el sentido de que la separación de hecho hace decaer el fundamento de la sociedad de gananciales, y rechaza por contraria a la buena fe la pretensión de calificar con tal carácter los bienes adquiridos durante ese tiempo por un cónyuge con su trabajo personal aunque jurídicamente no se haya disuelto el régimen económico. SSTs de 14 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1567), 7 de julio de 1998 (RJ 1998, 5419), 24 de abril de 1999 (RJ 1999, 814), 4 de diciembre de 2002 (RJ 2002, 10423), entre otras muchas.

1393 del CC)⁽¹⁰⁾, no sucede lo mismo en cuanto a si la valoración de los bienes y derechos ha de hacerse con referencia al tiempo en que se produce la disolución de la sociedad de gananciales o al de su liquidación, que generalmente en caso de conflicto es muy posterior. Y la duda surge porque dado que el Código Civil no establece referencia temporal alguna para la valoración de los bienes y derechos integrados en el activo de la sociedad conyugal, en alguna ocasión el Tribunal Supremo se ha inclinado por la primera solución como en las SSTS de 20 de julio de 1998 (RJ 1998, 6127)⁽¹¹⁾ y 14 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9921), si bien ha de decirse que la doctrina mayoritaria, con razón, se inclina por la valoración al tiempo de practicarse las operaciones liquidadoras tal y como se deriva de los artículos 847, 1045 y 1074 del CC aplicables por remisión del artículo 1410 del CC, criterio que es el acogido expresamente por el artículo 74.2 del Código de Familia Catalán. Y así, la STS de 23 de diciembre de 1993 (RJ 1993, 10113), claramente afirma que:

“Como establece autorizada doctrina civilística la valoración se hace, en la práctica, dado que no hay norma específica, al día de la liquidación, ya que hasta el referido día, el patrimonio continúa siendo común y los incrementos de valor o plusvalías que los bienes hayan podido experimentar y las disminuciones o minusvalías son de riesgo y ventaja de todos. En efecto, aunque el Código no sea todo lo explícito que sería deseable al respecto, no se pueden contraponer a reglas más generales, como son las que distinguen entre disolución y liquidación, reglas específicas cuyo sentido no excluye una revalorización actualizada del bien al tiempo de la liqui-

(10) Puede verse por todas la SAP de Badajoz, Sección 3.ª, de 31 de enero de 2003 (LA LEY JURIS 1399592/2003), afirmando con toda corrección que “según los artículos 1396 y 1397 del CC, el inventario que se practique para establecer el activo de la sociedad de gananciales debe corresponder a los bienes que existan al momento de la disolución de la sociedad de gananciales, pues en dichos preceptos se señala que disuelta la sociedad, se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad, lo que quiere decir que la liquidación se hace disuelta la sociedad, y el inventario comprenderá los bienes y derechos existentes a la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales, y así lo expresa de forma clara y terminante el número 1.º del artículo 1397 del CC, que establece que se comprenderán en el inventario los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución, por lo que es claro que, cualquiera que sea la fecha de la confección del inventario, el contenido del mismo se retrotrae a la fecha de la disolución de la sociedad”. Esta sentencia admite que tal fecha fue la del inicio de la separación de hecho.

(11) *Vid.* el comentario de esta STS, con amplias referencias jurisprudenciales, de LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, pgs. 507-516. Para esta autora, los Tribunales aceptan la solución que estiman más adecuada, tomando en consideración los problemas concretos planteados en el supuesto de hecho sometido a juicio y, por tanto, el momento valorativo no es seguro. Sin embargo, a mi juicio, como se indica en el texto, la doctrina jurisprudencial mayoritaria se inclina por el segundo criterio.

dación, sino que sirve al efecto de fijar un crédito de la sociedad, ni a normas que empleando vocablos como cese o terminación más bien aluden a la efectividad de la liquidación y no a la mera declaración de disolución.”

Esta interpretación es confirmada por las SSTs de 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3915), 8 de julio de 1995 (RJ 1995, 5552) y 17 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1258), de manera que hoy aparece como claro criterio que, por otra parte, es seguido también sin mayor controversia por las Audiencias Provinciales, como SSAP de Badajoz, Sección 3.ª, de 31 de enero de 2003 (SP/SENT/46418), de Las Palmas, Sección 5.ª, de 6 de noviembre de 2001 (SP/SENT/34465), SAP de Barcelona, Sección 4.ª, de 13 de julio de 2001 (SP/SENT/30304), y de Álava, Sección 2.ª, de 2 de febrero de 2000 (SP/SENT/2226432).

Ahora bien, puede plantearse la cuestión de si es posible tener en cuenta posibles revalorizaciones futuras. La duda surge porque, a pesar del principio de igualdad y similitud en la adjudicación de bienes que se deriva del artículo 1061 del CC, la flexible interpretación que de esta norma realiza la jurisprudencia, en los términos que se exponen a continuación, así como la eventual composición del patrimonio en liquidación, una valoración de los bienes realizada en el momento de la misma y que implica igualdad cuantitativa de las adjudicaciones teniendo en cuenta las circunstancias del momento, puede inmediatamente producir un importante desequilibrio patrimonial por la rápida y previsible revaloración de unos bienes (por ejemplo, los inmuebles urbanos) frente a otros (bienes muebles, títulos valores, dinero, etc.) en que tal resultado no se produce sino más bien todo lo contrario, teniendo en cuenta que a efectos de una posible rescisión de la liquidación por lesión del 25 por cien amparada en el artículo 1074 del CC la jurisprudencia exige que tal lesión se haya producido en el momento de la partición o liquidación, y no como consecuencia de una revalorización posterior de los bienes que hace suya exclusivamente quien ya es su titular. Precisamente este argumento es el que parece concluir que ha de estarse a la valoración con referencia al momento de la liquidación, aparte de la dificultad que supondría hacer cálculos estimativos de hipotéticas revalorizaciones o minusvaloraciones futuras que caso de no cumplirse harían necesaria la práctica de operaciones correctoras, con lo que el procedimiento liquidatorio no llegaría a término. No obstante, tal principio general no debería obviar atender en determinados supuestos a las circunstancias del caso concreto si, como constituye doctrina legal, se admite el carácter meramente orientativo del artículo 1061 del CC o la posibilidad de acordar la adjudicación de la vivienda a uno sólo de los cónyuges aunque sea indivisible matizando la aplicación del artículo 1062 del CC, etc. [*vid.* SAP de Jaén, de 26 de febrero de 2001 (JUR 2001, 126923)], pues la atribución a un cónyuge de un inmueble y no al otro con atención en exclusiva a los valores de mercado del momento en que se

realiza la peritación, si bien puede ser conforme a la literalidad del artículo 1404 del CC no lo sería en cuanto a su espíritu.

3. VALORACIÓN DE BIENES SOMETIDOS A LIMITACIONES ECONÓMICAS EN SU TRANSMISIÓN

Partiendo de la base, como recuerda la SAP de Barcelona, Sección 12.^a, de 3 de mayo de 1999 (AC 1999, 980), de que la valoración de los bienes en la liquidación de la sociedad de gananciales ha de realizarse conforme a criterios homogéneos para los bienes de la misma especie y calidad, se plantea el problema de si la valoración que debe realizarse de las viviendas de protección oficial o sometidas a un régimen de protección pública es por el precio oficial como mantenía la STS de 9 febrero de 1995 (RJ 1995, 1631), o el valor de mercado como se inclina claramente la jurisprudencia más reciente⁽¹²⁾.

La valoración a precio de mercado suele justificarse⁽¹³⁾ en razón a que las limitaciones a la libre disposición y libertad de precio son temporales y que pueden desaparecer a través de la descalificación de la vivienda o por transcurso del plazo legal de vigencia del régimen de protección, por lo que entonces el precio de mercado sería muy superior al tenido en cuenta a efectos de valoración en la liquidación de la sociedad de gananciales [vid. AP de Madrid, Sección 22.^a, de 9 julio de 2002 (JUR 2003, 27644)], lo que produciría un enriquecimiento injusto del cónyuge favorecido por la adjudicación sin que se respetara así el principio de igualdad en la distribución del remanente de los bienes gananciales que impone el artículo 1404 del CC [SAP de Madrid, Sección 22, de 7 de febrero de 2003 (SP/SENT/45040)]. A tales argumentos cabe añadir

(12) SSTs de 11 de julio de 1995 (RJ 1995, 5958), 16 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3915) y 14 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9921). La jurisprudencia de las Audiencias parece seguir actualmente el mismo criterio. Así SAP Zaragoza, Sección 4.^a, de 19 de febrero de 2003 (AC 2003, 422), SAP Madrid, Sección 22.^a, de 7 de febrero de 2003 (JUR 2003, 93598) y 22 de setiembre de 2002 (SP/SENT/40311), SAP Valencia, Sección 10.^a, de 31 de enero de 2003 (SP/SENT/45062), AAP La Rioja, de 30 de diciembre de 2002 (JUR 2002, 44223), SAP A Coruña, Sección 4.^a, de 29 de noviembre de 2002 (JUR 2003, 63993). *Vid.*, no obstante, y aplicando estrictamente la legislación de las viviendas de protección oficial y el valor de la calificación definitiva, SAP Álava, Sección 2.^a, de 12 de marzo de 2001 (AC 2001, 787), SAP Valencia, Sección 8.^a, de 25 de abril de 2000 (AC 2000, 4321), SAP Madrid, Sección 24.^a, de 29 de enero de 2003 (JUR 2003, 84002).

(13) Así lo realiza SERRANO ALONSO, *La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, pgs. 69 y 75.

—en realidad, como señala LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA⁽¹⁴⁾, no son más que una conclusión necesaria— que incluso ante una enajenación de la vivienda a precio de mercado por el cónyuge al que se adjudica por el precio oficial en la liquidación de la sociedad de gananciales, la venta sería plenamente válida sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiera lugar⁽¹⁵⁾, ello sin perjuicio, además, de que en la liquidación de la sociedad de gananciales no se trata de vender la vivienda sino de computar su valor a efectos de que las adjudicaciones a cada miembro del consorcio ganancial refleje el criterio legal de igualdad establecido en el artículo 1061 del CC [SAP de Asturias, Sección 2.^a, de 2 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 64077)].

Ahora bien, a mi modo de ver, estas conclusiones, no por habituales y repetidas⁽¹⁶⁾, pueden y deben de ser matizadas. Por una parte, la posibilidad del beneficio económico derivado de una descalificación anticipada prácticamente debe ser rechazada pues en el actual régimen de financiación de las viviendas protegidas, tanto en la legislación estatal como autonómicas en norma que se mantiene en los sucesivos Reales Decretos de financiación, prohíbe la descalificación anticipada hasta transcurridos 15 años (*vid.* para la legislación estatal el art. 10.4 del RD 1/2002, de 11 de enero, correspondiente a las medidas de financiación de las actuaciones protegidas del Plan 2002-2005). Por otra parte, además de prohibiciones de disponer de la vivienda durante plazos más o me-

(14) “Comentario a la STS de 14 de noviembre de 2002”. SP/SENT/40322.

(15) SSTs de 19 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9771), 16 de julio de 2001 (RJ 2001, 5225) y 6 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 8496), entra las más recientes.

(16) La posición jurisprudencial es normalmente admitida por la doctrina como justa. Así, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *loc. cit.*, señala que si bien es cierto que no se trata de vender la vivienda, sino estrictamente del cómputo de su valor a efectos de las adjudicaciones de bienes gananciales a los esposos, también es cierto que las cosas “valen” lo que alguien está dispuesto a pagar por ellas, siempre que tal pago sea válido y produzca los efectos correspondientes de todo pago válidamente realizado. El dinero es el medio de pago por excelencia, el instrumento de intercambio utilizado para medir el valor de las cosas. Si la compraventa de VPO a precio superior al autorizado hubiera sido considerada nula por los Tribunales, a efectos civiles, por precio “ilegal” (tanto nulidad total como nulidad parcial, con sustitución del precio pactado por el asignado en las normas administrativas) hubiéramos debido concluir que el valor de tales viviendas es el asignado por las normas administrativas. Pero, desde el momento en que se considera que las VPO se pueden vender, válidamente, a precio de mercado, se está admitiendo que su valor es el real del mercado. Es evidente que si se asigna a uno de los cónyuges, en la liquidación y partición de la sociedad de gananciales, una vivienda valorada según las normas administrativas sobre viviendas protegidas, este cónyuge resultará injustamente beneficiado, pues en cualquier momento puede vender la vivienda a precio de mercado y obtener una suma de dinero muy superior a la que figuró a la hora de confeccionar su lote de partición en el consorcio conyugal.

nos amplios con unas excepciones concretas (*vid.* art. 10.2 del RD 1/2002), tampoco faltan legislaciones autonómicas que frente a la doctrina jurisprudencial reseñada declaran la nulidad del sobreprecio en las viviendas protegidas⁽¹⁷⁾, sin olvidar que el régimen sancionador normalmente establecido contempla la imposición de multas de varias veces el sobreprecio y sin que la posibilidad de que tales sanciones no se lleven a efecto —salvo que se admita la revisión de las valoraciones si se imponen— pueda tener repercusión legal alguna en la liquidación. Por ello sólo queda realmente como relevante por su repercusión práctica la consideración de que extinguido el régimen de protección, la vivienda alcance el valor real de mercado, hipótesis que podría recibir la misma consideración que lo anteriormente dicho sobre la valoración de inmuebles y su posible revaloración futura por el transcurso del tiempo, es decir, la imposibilidad de tenerlo en cuenta en una liquidación definitiva de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, en el supuesto de viviendas protegidas, si tenemos en cuenta el valor oficial, la real seguridad práctica de su revalorización a precios de mercado al término del régimen de protección nos ha de llevar a conclusiones distintas, que no han de ser necesariamente la estimación del valor como vivienda libre sino, al menos, la reducción ponderada del mismo en relación con el tiempo que falte para la extinción del régimen de protección, pues la circunstancia de que ha de llegar el momento en que la vivienda no esté sometida a limitación alguna, no obvia que en el momento de la liquidación la adjudicación se realice de un bien del que no se puede disponer, y del que si se dispone ha de serlo a favor de personas que reúnan los requisitos para acceder a una vivienda protegida y por un precio y un contenido contractual en gran parte legalmente determinado. Por ello, a mi modo de ver, debería aplicarse el mismo criterio que ya alguna jurisprudencia viene considerando en relación con los planes de pensiones: dadas las limitaciones de disponibilidad de los derechos consolidados conforme a la Ley 8/1987, de 8 de junio, admitiendo su carácter de bien privativo, la cuantificación del derecho de reembolso derivado del artículo 1358 del CC puede ponderarse teniendo en cuenta la edad del cónyuge [*vid.* SAP de Valencia, Sección 9.^a, de 15 de julio de 2000 (SP/SENT/26385)], lo que en viviendas protegidas implicaría tener en cuenta al menos el tiempo pendiente

(17) El artículo 34 de la Ley 4/2003, de 29 de julio, de vivienda de Galicia, declara nulas las cláusulas y estipulaciones que establezcan precios superiores a los máximos autorizados en la normativa aplicable para las viviendas de promoción pública o sujetas a cualquier régimen de protección pública. En tales casos, la compraventa se considerará realizada por el precio máximo autorizado sin que ello afecte a la validez del contrato y de las demás estipulaciones.

para la extinción del régimen, rechazando una aplicación automática de precios de mercado⁽¹⁸⁾.

4. LA VALORACIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Si el derecho de uso sobre la vivienda familiar establecido en convenio o en sentencia debe valorarse o no como carga del inmueble es una cuestión sobre la que la doctrina⁽¹⁹⁾ y la jurisprudencia mayoritariamente se pronuncian en sentido negativo⁽²⁰⁾ y ello en su doble vertiente: tanto cuando tal pretensión es sostenida por el cónyuge que ya detenta el derecho de uso como consecuencia de las medidas adoptadas en el procedimiento de separación o divorcio, como para que se minusvalore el bien respecto de la estimación actual de mercado a favor del cónyuge a quien se le adjudica teniendo el otro o los hijos el derecho de uso y que alega que recibe la vivienda gravada⁽²¹⁾.

(18) Similares ideas expresa MARTÍN MELÉNDEZ, “Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1995”, *CCJC*, núm. 41, abril-agosto, 1996, pg. 674, pues aunque estima conforme a Derecho que la VPO se valore a precio de mercado y no por el oficial, con el argumento de que las limitaciones existentes sólo se aplican a las enajenaciones, calificación que no es de aplicación a la liquidación del régimen económico, llama la atención sobre cuál es el valor real de una VPO, que no puede identificarse necesariamente con el atribuible a una vivienda libre de las mismas características, toda vez que por las limitaciones de su régimen jurídico [no olvidemos las posibles sanciones económicas por el sobreprecio, o la dificultad de financiación hipotecaria superior al precio oficial, etc.] es probable que los terceros no ofrezcan igual precio.

(19) DÍAZ MARTÍNEZ, “Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales”, *Act. Civ.*, 1998-2, pg. 388; MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Reestablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pg. 442; DE COSSIO MARTÍNEZ, *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pg. 62.

(20) *Vid.* SAP Zaragoza, Sección 2.ª, de 1 de abril de 2003 (SP/SENT/46468), SAP Alicante, Sección 7.ª, de 4 de marzo de 2003 (JUR 2003, 136097), SAP Madrid, Sección 24.ª, de 6 de julio y 4 de diciembre de 2002 y 29 de enero de 2003 (JUR 2003, 27664, 82106 y 84005), SAP Barcelona, Sección 17.ª, de 11 de octubre de 2002 (JUR 2003, 2391), SAP Asturias, Sección 2.ª, de 2 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 64077), SAP Madrid, Sección 22.ª, de 22 de octubre de 2002 (SP/SENT/40314) y SAP Álava, Sección 2.ª, de 2 de febrero de 2000 (SP/SENT/2226432).

(21) *Vid.*, no obstante, AAP Barcelona, Sección 16.ª, de 30 enero 2001 (JUR 2001, 156244) y SAP Zaragoza, Sección 2.ª, de 18 de abril de 2000 (AC 2000, 3176), para las que la carga que representa el derecho de uso opera de diferente manera según que el cónyuge al que se adjudique el bien sea o no el que permanezca en el uso de la vivienda.

En el primer caso, porque si como consecuencia de la adjudicación realizada en la liquidación de la sociedad de gananciales coincide en uno de los cónyuges la propiedad y la atribución del derecho de uso, este último dejaría de ser en todo caso una carga que infravalore el de propiedad [STS de 4 de abril de 1997 (RJ 1997, 2636)], quedando absorbido el derecho de uso en las facultades que como titular dominical le corresponden al cónyuge al que se le adjudica el derecho de propiedad de la vivienda, sin que tampoco parezca posible una valoración económica independiente del derecho de uso como integrado previamente en el patrimonio del cónyuge a efectos de descontarlo del valor de la vivienda pues, no sólo no es un derecho real sino que, como dice la SAP de Zaragoza, Sección 2.^a, de 1 de abril de 2003 (AC 2003, 1227), tampoco constituye derecho de crédito alguno contra la comunidad⁽²²⁾, de manera que, a mi modo de ver, sólo tiene sentido mantener la tesis de la minusvaloración si se adjudica la titularidad de la vivienda al cónyuge que no ostenta el derecho de uso.

Y aun en este segundo caso, sin ignorar las consecuencias económicas de hecho, como es su posible desvalor en una eventual enajenación a tercero [*vid.* en este sentido SAP de Zaragoza, Sección 5.^a, de 20 de febrero de 2003 (SP/SENT/42894)], su consideración como carga desde el punto de vista jurídico choca con la propia naturaleza y eficacia que al derecho derivado de la atribución del uso de la vivienda familiar le ha reconocido la jurisprudencia, pues dada la temporalidad y provisionalidad que se deriva del artículo 96 del CC, como dice la citada STS de 4 de abril de 1997, no es un usufructo, derecho real en principio vitalicio y disponible, sino un derecho de ocupación oponible a terceros [STS de 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10136) y 20 de mayo de 1993

(22) Expresamente declara la STS de 23 de enero de 1998 (RJ 1998, 151) que “el motivo tercero, sostiene, otra vez más, la infracción del artículo 1396, porque, dice, que no se ha tenido en cuenta al partir, que del piso cuyo usufructo se le adjudicó había que descontar su importe antes de partir, porque ya lo tenía adjudicado por resolución judicial; vacua alegación para cuyo rechazo baste recordar que la adjudicación del uso, de la que no se le puede privar mientras no se decida especialmente, no es un plus de atribución a la hora de partir, es un medio legal de dar satisfacción a la necesidad de vivienda de quien merece mayor tutela y en ningún caso, cabe hablar de derecho de usufructo, aunque alguna escasa sentencia de esta Sala ha apreciado a la atribución alguna forma de derecho real”. En el mismo sentido de negar la pretensión de minusvaloración sustentada por el cónyuge en base a que ya tenía atribuido el derecho de uso *vid.* SAP Barcelona, Sección 17.^a, de 11 de octubre de 2002 (JUR 2003, 23491), SAP León, Sección 2.^a, de 10 de febrero de 1999 (AC 1999, 649), SAP Huesca, de 19 de diciembre de 1997 (AC 1997, 2440), SAP Asturias, Sección 6.^a, de 2 de diciembre de 2002 (LA LEY JURIS 1341561/2002) y 23 de enero de 1997 (AC 1997, 197), SAP Sevilla, de 16 de noviembre de 1992 (AC 1992, 1595), SAP Oviedo, Sección 5.^a, de 14 de octubre de 1992 (AC 1992, 1503) y SAP Barcelona, Sección 12.^a, de 11 de enero de 1999 (AC 1999, 2825) que considera que tal pretensión constituye una interpretación abusiva del derecho de uso de la vivienda familiar.

(RJ 1993, 3807)], mediante el que exclusivamente se pretende garantizar el derecho de ocupación del cónyuge e hijos a quienes se les ha atribuido⁽²³⁾ sin que, en consecuencia, tal derecho de uso dentro de la liquidación de la sociedad de gananciales pueda ser incluíble en ninguno de los supuestos del pasivo a que se refiere el artículo 1398 del CC.

Ahora bien, tal interpretación no es unánime ni en la doctrina⁽²⁴⁾ ni en la jurisprudencia, si bien en ambos casos, considero, se trata de una tesis muy minoritaria que aunque no carente de un lógica material, sin embargo, no es fácil sustentarla jurídicamente. Así se ha sostenido que la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges de conformidad con el artículo 96 del CC no deja de implicar un claro desequilibrio patrimonial entre ambos, que necesariamente habrá de tener reflejo en la adjudicación de los respectivos lotes, generándose un derecho de compensación al cónyuge no privado del uso. En este sentido, SSAP de Zamora de 22 de marzo de 1996 (Act. Civ. 1996 @ 828) y 8 de marzo de 1997 (Act. Civ. 1997 @ 707) —cuando el derecho de uso ha sido atribuido a los hijos menores de edad— y SAP de Zaragoza, Sección 2.ª, de 28 de marzo de 2000 (SP/SENT/26412). Sin embargo, la caracterización del derecho de uso como una carga real no es ciertamente admitida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, en mi opinión, conforme al criterio que se sustenta mayoritariamente, quizá la adecuada explicación jurídica del hecho de que el derecho de uso no se valore como carga en la liquidación de la sociedad de gananciales a pesar de su contenido económico pueda extraerse de la argumentación sustentada por la SAP de Huesca, de 19 de diciembre de 1997 (AC 1997, 2440), cuya doctrina asume la SAP de Granada,

(23) SSTs de 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10684), 14 de julio de 1994 (RJ 1994, 6439), 16 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9144), 23 de enero de 1998 (RJ 1998, 151) y 21 de enero de 1999 (RJ 1999, 413).

(24) *Vid.* VELÁZQUEZ MARTÍN, “Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de la sociedad de gananciales. Compensación del cónyuge desposeído”, *Act. Civ.*, 2002-1, pgs. 347 y sigs., defendiendo la tesis de su valoración frente a la posición mayoritaria. También para SEIJAS QUINTANA, “Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por causa de separación o divorcio matrimonial”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993, pgs. 301 y sigs., si el derecho de uso de la vivienda familiar “constituye un derecho *sui generis*, que debe tener acceso al Registro de la Propiedad y que puede oponerse a terceros, no vemos ningún inconveniente en valorar esa carga que va a condicionar la disposición posterior, introduciendo una ventaja económica en favor del adjudicatario”. En el mismo sentido de que el derecho de uso debe valorarse se pronuncia RODRÍGUEZ CHACÓN, “El derecho de uso sobre la vivienda, fuente de conflictividad”, en *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 2004, pg. 146.

Sección 3.^a, de 12 de marzo de 2001 (JUR 2001, 151733) y que es tributaria de lo sostenido en su momento por ROCA TRIAS⁽²⁵⁾, al decir que:

“El uso adjudicado en un proceso matrimonial, más que sobre la sociedad de gananciales (sociedad que, además, de existir, queda disuelta necesariamente en la misma sentencia que constituye el uso), es una carga que, como prestación alimenticia peculiar, recae directamente sobre el cónyuge titular de la vivienda familiar (privativa o ganancial, sea dueño, usufructuario, precarista, comodatario, arrendatario, etc.) quien se ve excluido del uso, y de la facultad de disponer sobre él, en beneficio de su consorte quien, como beneficiario de la adjudicación, por otro lado, no pasa a acreditar una mayor participación sobre la vivienda adjudicada a la que pudiera tener con anterioridad a la adjudicación del uso.”

Es decir, posible valoración del derecho de uso a la hora de cuantificar las pensiones alimenticias e incluso la pensión compensatoria⁽²⁶⁾ pero no en la liquidación de la sociedad de gananciales, en similar argumentación a la que se sostiene, como se verá posteriormente, para negar el carácter de pasivo ganancial a efectos del artículo 1398.1 del CC a las cantidades impagadas por un cónyuge por alimentos acordados en la sentencia de separación o divorcio, dada su consideración de deudas privativas y no comunes.

5. LA VALORACIÓN DE LOS BIENES POR EL CONTADOR Y SU IMPUGNACIÓN

El contador, auxiliado en su caso por peritos, ha de proceder a la valoración de los bienes en la que los cónyuges no hayan mostrado su conformidad en la comparecencia previa. A veces la impugnación de tal valoración prospera porque no constan los criterios con los cuales se ha establecido, o queda probado que el perito ni siquiera practicó una inspección ocular del mismo, si bien ello no supone que necesariamente el informe tenga que estar basado en un acceso directo al interior de los inmuebles siempre que consten otros elementos que hayan permitido llegar razonablemente a la valoración, tales como ubicación, antigüedad del edificio, estado exterior de conservación, etc. [vid. en tal sentido SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 7 de febrero de 2003 (SP/SENT/45040)] o se haya tenido acceso a los datos relevantes mediante la colaboración de terceros

(25) “Comentario al artículo 96 del CC”, *Comentario del Código Civil*, T. I., Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pgs. 399 y sigs.

(26) Tal es el fundamento en el que, en general, la doctrina viene basando la no valoración del derecho de uso. Vid. por todos, MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales...* cit., pg. 442.

[SAP de Madrid, Sección 25.^a, de 6 de febrero de 2001 (JUR 2001, 106200)]. Por otra parte, es de resaltar como en ocasiones la jurisprudencia acude a otros criterios. Así, la SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 23 de mayo de 2003 (SP/SENT/48640) que entendió respecto de la valoración del ajuar del domicilio conyugal que no habiendo otra base probatoria en el proceso para atribuir otro valor, es correcto acudir al criterio del 3 por cien del valor de la vivienda en base al artículo 34.3 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones aprobado por RD 1629/1991, de 8 de noviembre.

Del artículo 1061 del CC, aplicable por remisión del artículo 1410 del CC, se desprende que el contador al realizar las adjudicaciones consecuencia del artículo 1404 del CC ha de respetar la igualdad cuantitativa en la formación de los lotes, lo cual supone no solamente que, bien él directamente o en su caso los peritos designados, tengan que valorar los bienes con uniformidad de criterios, sino también que el valor de ambos cupos sea igualitario por lo que cabe preguntarse qué ocurre si la igualdad no es respetada, bien sea ya por las propias valoraciones erróneas o por el desfase económico que se puede producir por el transcurso de un dilatado período de tiempo desde las peritaciones hasta la conclusión del procedimiento.

Para la STS de 8 de julio de 1995 (RJ 1995, 5552), carece de relevancia si el valor fijado por el contador al presentar su cuaderno particional se ha visto modificado durante todo el tiempo en que ha tardado la tramitación de la oposición, siendo aplicables a las valoraciones realizadas por el contador, en el estricto ámbito del recurso de casación, las normas sobre rescisión por lesión de la cuarta parte del artículo 1074 del CC. Es decir, que aunque es doctrina consolidada —si bien en sentido contrario se pronuncian las SSTS de 8 de julio de 1992 (RJ 1992, 6267) y 23 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9758)— que las normas sobre rescisión de las operaciones particionales de herencia son aplicables a la liquidación de la sociedad conyugal, incluso aunque se hayan verificado en convenio regulador aprobado judicialmente⁽²⁷⁾, para la citada STS de 8 de julio de 1995 la lesión sólo se aprecia en relación con el momento en que el contador hace la valoración con referencia al tiempo de la liquidación y habrá que demostrar que dicha valoración en esa fecha fue errónea o inexacta, doctrina que puede verse complementada con la de la STS de 14 de junio de 1993 (RJ

⁽²⁷⁾ SSTS de 26 de enero de 1993 (RJ 1993, 365), 8 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2158), 23 de julio de 2001 (RJ 2001, 8412) y 14 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9921). Sin olvidar, eso sí, los límites que a la acción rescisoria por lesión se derivan del artículo 1078 del CC; de la posibilidad de que los cónyuges en el momento de practicar la liquidación de la sociedad de gananciales renuncien expresamente a la rescisión por lesión [STS de 6 de marzo de 2003, (RJ 2003, 2548), SAP Madrid, Sección 9.^a, de 11 de noviembre (JUR 2003, 63170)] y de que de acuerdo con el artículo 1076 del CC sólo puede ser instada en el plazo de 4 años desde que se hizo la liquidación.

1993, 4832), de que el error en la valoración no arbitraria en el caso de que no supere esa cuarta parte del valor de los bienes en el momento de la adjudicación impide la estimación del recurso de casación incluso aunque se aprecien indicios de no ser la partición demasiado equilibrada en el puro orden contable.

No obstante, a mi modo de ver, tal tesis no es muy correcta pues, sin perjuicio de que como regla general en caso de valoraciones discrepantes la decisión del juzgador de instancia no es revisable en casación, la oposición al cuaderno particional a que se refiere el artículo 810 de la LEC no es en modo alguno la acción rescisoria que contempla el artículo 1074 del CC ya que, como afirma la SAP Toledo, Sección 1.ª, de 9 de octubre de 1995 (AC 1995, 2022), no actúa sobre la partición ya realizada, sino sobre la partición proyectada por el contador que ha de resolver las diferencias existentes entre los cónyuges en este extremo y, por ello, acreditada una desigualdad significativa, aunque no alcance a una lesión de la cuarta parte, la oposición planteada por un cónyuge al amparo del artículo 787.1 de la LEC debe prosperar, y mucho más a la luz de la doctrina de la citada STS de 8 de julio de 1992 (RJ 1992, 6267) según la cual:

“En puridad de doctrina —rebatiendo con ello la más usual y unánime—, las acciones rescisorias deberían estar vedadas a los que habiendo sido partes en el juicio universal de testamentaría no hicieron uso de la facultad impugnatoria que les proporcionaba el artículo 1079 de la LEC en relación con los artículos 1081, 1083, 1084, 1085, 1086, 1087, 1088 y 1092 del mismo Texto legal, que da amplio margen a la manifestación de una voluntad de oposición, sin que ésta tenga que circunscribirse a eventuales irregularidades procesales, puesto que la literalidad legal no lo restringe y por ello amplio campo se le ofrece al oponente sin la menor constricción ni siquiera en cuanto al fondo y cuantía de las adjudicaciones, como se pone de pretexto por los que mantienen la tesis de que el juicio de testamentaría deja abierta la posibilidad de las acciones rescisorias del CC, pues esta tesis que es respetable dentro de la opinabilidad de la interpretación hermenéutica del Ordenamiento jurídico, comporta dentro de un grave quebranto de la economía procesal, un no menos grave del principio constitucional de la seguridad jurídica, puesto que hace tabla rasa de la irreversibilidad de la cosa juzgada material ante la posibilidad de haberse discutido el mismo problema de la lesión en las adjudicaciones en el seno del juicio universal de testamentaría abierto a las incidencias de todo tipo y con las garantías del procedimiento ordinario con la amplitud de enjuiciamiento que le es propia, según el artículo 1088 de la LEC.”

Tal doctrina —en cuanto que admite la oposición a las valoraciones del contador, a pesar de su falta de acierto negando la rescisión por lesión—, en mi opinión, sería de aplicación no sólo cuando en las valoraciones realizadas en el

cuaderno particional se haya incidido en error, sino también cuando el desequilibrio sea una consecuencia de posibles revalorizaciones o depreciaciones relevantes producidas por el transcurso del tiempo desde que el perito emitió su informe hasta el momento en que se producen las adjudicaciones. En este sentido, y como señala MARTÍN MELENDEZ⁽²⁸⁾, no parece suficiente una mera actualización de las cantidades correspondientes a las valoraciones ya realizadas, puesto que las variaciones no se producen de manera uniforme y proporcionalmente para todos los bienes, con lo que las cifras empleadas no se corresponderían con la realidad y los resultados de la liquidación serían injustos.

III. EL PAGO DE DEUDAS A TERCEROS

El Código Civil, como señala LASARTE ÁLVAREZ⁽²⁹⁾, parte de la base de que primero habrán de ser satisfechas las deudas a cargo de la sociedad de gananciales representadas por derechos de terceros, acreedores de la sociedad de gananciales (art. 1399 del CC), después serán atendidos los reembolsos o reintegros a que tengan derecho cada uno de los cónyuges frente a la masa ganancial o común. Tales deudas, indemnizaciones y reintegros, entre cónyuges habrán quedado debidamente determinadas en su existencia y cuantía en la fase previa de formación de inventario del artículo 809 de la LEC, de acuerdo con las partidas recogidas en el artículo 1398 del CC y se dice entre cónyuges porque aunque no hayan recogido en el pasivo alguna deuda consorcial, obviamente el acreedor conserva todos sus derechos siendo de aplicación, por remisión del artículo 1402 del CC, lo previsto en el párrafo 2.º del artículo 794.4 de la LEC, que deja a salvo el derecho de terceros, previsión que ha de interpretarse no sólo respecto de los bienes incluidos en el activo como gananciales y de ajena pertenencia, sino también las deudas gananciales existentes no incluidas en el pasivo. En todo caso, ahora se trata de que la propuesta que el cónyuge presenta en la fase de liquidación conforme al artículo 810.2 de la LEC, o, ante la oposición del otro, que el cuaderno del contador, incluya la forma en qué han

(28) *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pg. 434. Vid. en este sentido la SAP Álava, Sección 1.ª, de 2 de julio de 1999 (AC 1999, 1483) y en contra SAP Castellón, Sección 3.ª, de 27 de septiembre de 2002 (AC 2002, 2017) y SAP Vizcaya, Sección 4.ª, de 21 de abril de 1999 (AC 1999, 5062), que atienden a la corrección de la valoración al tiempo en que fue realizada.

(29) *Principios de Derecho Civil VI. Derecho de Familia*, 3.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2002, pg. 250. Resalta DE LOS MOZOS cómo las normas sobre liquidación que contienen el Código Civil protegen específicamente los derechos de los acreedores de la sociedad conyugal, “Comentario a los artículos 1314 a 1410 del CC”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, t. 18, vol. 2.º, 2.ª ed., Madrid, 1999, pg. 620.

de satisfacerse. En este sentido, como indica GONZÁLEZ GOZALO⁽³⁰⁾, debe idearse (y resolverse) cómo van a extinguirse las deudas conyugales (pago en metálico, cesión de bienes gananciales, dación en pago de bienes comunes o afianzamiento, asunción de deuda por parte de uno de los titulares de la comunidad, por ejemplo), cómo se van a pagar las indemnizaciones provenientes de bienes privativos gastados o deteriorados en beneficio de la sociedad, así como los restantes créditos de los cónyuges, qué bienes, en caso de que sea necesario, van a ser realizados, etc, cuestiones todas sobre las que, como se indica, el cónyuge se pronunciará en su propuesta, que serán aceptadas o no por su consorte, resuelta la controversia por el contador y, en definitiva, si la oposición se mantiene, objeto de sentencia.

1. PAGO DE LAS DEUDAS GANANCIALES: REFERENCIA A LA POSICIÓN DE LOS TERCEROS ACREEDORES EN LA LIQUIDACIÓN

Por lo que respecta al pago de las deudas de la sociedad de gananciales, como se ha dicho, atendiendo a la regulación que del pasivo se realiza en el artículo 1398 del CC, se distinguen a la luz de lo establecido en los artículos 1399 y 1403 del CC, en general y sin mayores precisiones por ahora, dos tipos de deudas u obligaciones: las asumidas frente a terceros, que tiene un carácter preferente en orden a su pago, y las existentes respecto de alguno de los cónyuges a los que, tras pagarse las primeras, han de hacerse los reintegros e indemnizaciones correspondientes, hasta donde alcance el caudal inventariado, e igualmente las oportunas compensaciones cuando un cónyuge sea deudor de la sociedad.

Parece claro que el orden de pago que se desprende de los artículos 1399 y 1403 del CC sólo tendrá decisiva relevancia práctica en el supuesto de que el pasivo supere el activo pues, en otro caso, sean cuales sean las preferencias, todos los acreedores acabarán viendo satisfechos sus créditos, igual que los cónyuges lo que les corresponda por indemnizaciones y reembolsos mientras que, en otro caso, los cónyuges quedan pospuestos a los acreedores y éstos, salvo las deudas alimenticias, tendrán que resolver sus preferencias conforme a las reglas generales de la concurrencia y prelación de créditos. Todo ello sin perjuicio del efecto menor, como señala GONZÁLEZ GOZALO, de que cuando el activo es superior al activo, pero por falta de liquidez va a tener que realizarse el valor de algún bien para el pago de todos los acreedores, el orden establecido en los artículos 1399 y 1403 del CC tiene la virtualidad de determi-

(30) “La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción”, AC, 2001-I, pg. 2.287.

nar quién va a cobrar antes y quién, por el contrario, va a tener que esperar hasta que se enajenen los bienes necesarios para conseguir el dinero restante⁽³¹⁾.

En cuanto a las deudas con terceros, el Código Civil, aunque de manera relativa, sigue la regla de que antes es pagar que partir [STS de 13 de junio de 1986 (RJ 1986, 3547)], es decir, que antes de procederse a la adjudicación entre los cónyuges de los bienes gananciales, las deudas con los terceros acreedores han de ser debidamente satisfechas, bien sean obligaciones de dar no pecuniarias —las deudas gananciales frente a terceros, a pesar de que el Código Civil tiende a configurarlas así en fase de liquidación en el artículo 1400, no tienen por qué ser necesariamente dinerarias— en que la entrega de bienes gananciales implica en la práctica que no sean incluibles ya en la liquidación y adjudicaciones aunque formalmente puedan figurar en las partidas de activo y pasivo pero no en los lotes, bien se trate de obligaciones pecuniarias, que o son pagadas dentro del propio proceso de liquidación en metálico o mediante adjudicación de bienes (art. 1400 del CC), pudiendo los acreedores oponerse a cualquier adjudicación entre los cónyuges mientras sus créditos no resulten totalmente satisfechos (arts. 1082 del CC y 782.4 de la LEC por remisión de los arts. 1402 y 1410 del CC) y que, en todo caso, conservan sus derechos de crédito no pagados en los mismos términos que antes de la liquidación, la cual es válida y eficaz⁽³²⁾.

En efecto, partiendo de la base de que nos encontremos ante una deuda de carácter ganancial de la que deban de responder, además de los bienes privativos del cónyuge que contrajo la deuda, también los bienes comunes (art. 1369 del CC) y así haya quedado delimitado en la formación de inventario y determinación del pasivo (art. 1398.1 del CC), es conocida la doctrina jurisprudencial recaída en relación con el artículo 1317⁽³³⁾ del CC de que la modificación del régimen económico —bien sea como consecuencia de las capitulaciones matrimoniales otorgadas voluntariamente por los cónyuges (art. 1325 del CC), bien como efecto legal de la sentencia de separación o divorcio (art. 95 del CC)— no

(31) GONZÁLEZ GONZALO, “La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción...” cit., pg. 2.288.

(32) SSTs, entre otras muchas, de 13 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7482) y 7 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9098). Sobre el régimen jurídico de las deudas tras la liquidación del régimen económico, puede verse BLANDINO GARRIDO, *Régimen jurídico de las deudas tras la liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pgs. 143 y sigs. Más específicamente sobre su pago, *vid.* GONZÁLEZ GOZALO, “La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción...” cit., pgs. 2.284 y sigs.

(33) SSTs, entre otras muchas, de 19 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1320), 18 de marzo de 1995 (RJ 1995, 1963), 17 de julio de 1997 (RJ 1997, 6018) y 24 de julio de 2001 (RJ 2001, 8416).

altera la situación de los acreedores consorciales, de manera que éstos, de acuerdo con el artículo 1401 del CC, siguen conservando todos sus derechos contra el cónyuge deudor, entendiendo por tal el que contrae la deuda —que pueden ser los dos— y que cuando es ganancial obliga solidariamente sus propios bienes y todos los comunes.

Así, los acreedores a pesar de la disolución y liquidación del régimen económico siempre pueden hacer efectivos sus créditos contra los bienes previamente privativos del cónyuge deudor, contra los gananciales que le hayan sido adjudicados y, en general, contra todo su patrimonio presente y futuro en responsabilidad ilimitada del artículo 1911 del CC [STS 20 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2186)] y, además, contra todos los bienes gananciales que hubieran podido haberse adjudicado a su consorte⁽³⁴⁾, eso sí, sin alcanzar respecto de él —salvo que también se haya obligado conjuntamente, pero no si se ha limitado a prestar su asentimiento para que todos los bienes gananciales quedaran sujetos a la responsabilidad (art. 1367 del CC)— a sus bienes privativos ni lo que adquiera en el futuro pues en el ámbito del artículo 810 de la LEC en que nos movemos, conforme al artículo 809 de la LEC, se ha formado previamente inventario judicial, que es precisamente lo que exige el artículo 1401 del CC para limitar la responsabilidad del cónyuge no deudor a los bienes gananciales que le hayan sido adjudicados, excluyendo la aplicación de la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad *ultra vires* del cónyuge no deudor (arts. 1084 y 1410 del CC)⁽³⁵⁾.

Tal conclusión no se vería alterada por el hecho de que en el pasivo no fuera incluida la deuda del acreedor, pues no olvidemos que el fundamento del artícu-

(34) Conforme al artículo 144.4 RH, cuando constare en el Registro la liquidación de la sociedad de gananciales, el embargo será anotable si el bien ha sido adjudicado al cónyuge contra el que se dirige la demanda o la ejecución. Si ha sido adjudicado al otro, el embargo será anotable si del mandamiento resulta la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y consta la notificación del mismo al cónyuge ahora titular antes de que la liquidación se hubiese producido la disolución del régimen económico (art. 144.1 RH) —*vid.* RRDGRN de 28 de diciembre de 1999 (RJ 1998, 10488) y 18 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1075)—. Es decir, que como dice la RDGRN de 24 de abril de 2002 (RJ 2002, 7284), cabe practicar la anotación de embargo por deudas de un cónyuge sobre bienes antes gananciales y ya adjudicados e inscritos en favor de su consorte, siempre que la traba y su notificación a éste se hubieran producido antes de que la disolución y liquidación de la sociedad conyugal hubieran producido efecto frente a terceros de buena fe. En mi opinión, en otro caso, y a efectos del Registro de la Propiedad, será necesario demandar a ambos cónyuges, aunque al ahora titular no como deudor, sino precisamente como titular registral de los bienes anteriormente gananciales.

(35) SSTs de 15 de febrero y 13 de junio de 1986 (RJ 1986, 680 y 3547), 28 de abril de 1988 [RJ 1988, 3299] 20 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2186), 7 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9098) y 13 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7482).

lo 1084 del CC y la responsabilidad *ultra vires* no es otra que al no realizarse correctamente el inventario de los bienes que se adjudican, se produce una confusión de patrimonios con daño al acreedor de manera que debe responderse de ello, confusión que no existe por el mero hecho de no incluir la deuda. Ahora bien, sí podría admitirse responsabilidad *ultra vires* si los cónyuges dejan de incluir en el activo bienes de importancia (*vid.* art. 1024.1 del CC), pero es raro que ello ocurra en una liquidación contenciosa.

Así pues, en la fase de liquidación de la sociedad de gananciales, o bien se recoge el pago a los terceros acreedores por deudas vencidas y exigibles de naturaleza ganancial o todos los bienes adjudicados continúan sujetos a responsabilidad patrimonial en caso de impago de las que están vencidas y eran exigibles a la liquidación, pero también las que todavía no lo eran (art. 1401 del CC), conclusión que deberá ser tenida especialmente en cuenta cuando se plantea por un cónyuge en la propuesta de liquidación —o por el contador en el cuaderno particional— la posibilidad de adjudicar a uno de los cónyuges bienes comunes asumiendo en exclusiva el pago de una deuda consorcial, cuestión sobre la que se volverá posteriormente.

2. PAGO DE LAS DEUDAS ALIMENTICIAS

Señala el párrafo 1.º del artículo 1399 del CC que terminado el inventario se pagarán en primer lugar las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias, que en cualquier caso tendrán preferencia. Tal precepto plantea el problema de cuáles son deudas alimenticias, cuestión que en modo alguno puede calificarse como teórica y que tampoco afecta exclusivamente a los cónyuges sino, precisamente, más bien, a los terceros, pues el artículo 1399 del CC, que tiene trascendencia cuando el pasivo es superior al activo y éste no alcanza para pagar todas las deudas —sin perjuicio de un hipotético concurso—, pero también cuando el problema es exclusivamente la falta de numerario y la necesidad de realizar bienes, señala una preferencia absoluta del acreedor de la deuda alimenticia cuyo reconocimiento como tal sin duda puede alterar el resultado final de la liquidación de la sociedad de gananciales, pues, como señala MORALEJO IMBERNÓN⁽³⁶⁾, se está añadiendo una preferencia no incluida en los artículos 1921 y siguientes del CC.

(36) “Comentario a los artículos 1344 a 1410 del CC”, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Rodrigo Bercovitz y Rodríguez Cano., Aranzadi, Pamplona, 2001, pg. 1.624. En el mismo sentido de que el párrafo 1.º del artículo 1399 del CC implica una excepción al régimen general de los artículos 1921 y sigs. del CC LÓPEZ BELTRÁN DE

Para un sector doctrinal⁽³⁷⁾, a pesar de la terminología utilizada por los artículos 1399 y 1408 del CC, tales deudas alimenticias no responden a créditos con terceros, sino al inadecuado concepto de alimentos del artículo 1408 del CC al que habría que entender referido el artículo 1399 del CC. Sin embargo, a mi juicio, tal interpretación, que sin duda alguna soluciona muchos problemas, es muy discutible pues claramente el artículo 1399 del CC se está refiriendo a deudas alimenticias que tengan la consideración de deudas de la sociedad, es decir, que se hayan incluido en el pasivo del inventario dentro del artículo 1398.1 del CC, mientras que el artículo 1408 del CC no establece un derecho de alimentos como derecho de crédito contra la sociedad conyugal o masa patrimonial en fase de liquidación, sino como una concreción del derecho de uso y disfrute que los cónyuges, o en su caso el cónyuge sobreviviente y los hijos, tienen como cotitulares dominicales, y referido al aprovechamiento de los frutos y rentas producidos por los bienes. De ahí que en el momento de las adjudicaciones tengan que realizarse los cálculos y compensaciones pertinentes sobre lo que se haya percibido en exceso.

Desde esta perspectiva, considerar deudas alimenticias a efectos del artículo 1399 del CC las del artículo 1408 del CC conduce a consecuencias un tanto inexplicables. Mientras dura el procedimiento de liquidación, los cónyuges y los hijos tienen derecho a alimentos con preferencia absoluta respecto de los acreedores consorciales, de manera que es posible que concluya la liquidación agotándose todos los recursos por el propio deudor sin que los acreedores puedan satisfacer la más mínima parte de sus créditos, ignorándose así las previsiones sobre el ámbito de inembargabilidad de los artículos 605 y siguientes de la LEC. Por otra parte, claramente el artículo 1408 del CC, como también ha sido

HEREDIA, *La liquidación de la sociedad de gananciales (doctrina y jurisprudencia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pg. 292. En contra PEÑA BERNALDO DE QUIROS, “Comentario a los artículos 1399, 1401, 1402, 1403 y 1404 del CC”, *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pg. 784, para quien la preferencia sólo juega dentro de la liquidación de la sociedad de gananciales en cuanto a cómo ha de procederse a los pagos de las deudas, pero fuera de tal procedimiento —por ejemplo, en una tercería de mejor derecho— se aplicarían las normas generales.

A la fecha de la elaboración de este trabajo, está pendiente la modificación del régimen del Código Civil a través de una Ley sobre concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares anunciada en la Disposición Final 33.^a de la Ley 22/2003, de 9 de julio. Téngase en cuenta la clasificación de los créditos contenida en los artículos 89 y siguientes de la citada Ley en el supuesto de que el cónyuge o cónyuges deudores sean declarados en concurso.

(37) LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil VI...*, cit., pg. 251, PÉREZ MARTÍN, *Derecho de Familia. La ejecución de las resoluciones dictadas en procedimientos matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 1994, pg. 127; PEÑA BERNALDO DE QUIROS, “Comentario a los artículos 1399, 1401, 1402, 1403 y 1404 del CC...” cit., pg. 784.

resaltado, no es más que una mera imputación contable con carácter de anticipo del haber que se adjudicará a cada cónyuge ⁽³⁸⁾, de manera que siempre se tiene en cuenta su reintegrabilidad a través de un cálculo de frutos y rentas producidos durante la liquidación, los cuales también forman parte del acervo común y al alcance de los acreedores, sin que pueda mantenerse que su exclusión a efectos de embargo y ejecución en beneficio de los deudores fuera del ámbito de los artículos 605 y siguientes de la LEC.

Otro sector doctrinal mantiene que las deudas alimenticias a que se refiere el párrafo 1.º del artículo 1399 del CC, dado que necesariamente tienen que ser deudas gananciales, son las contraídas para subvenir a los gastos o cargas del matrimonio recogidas en el artículo 1362.1.ª del CC ⁽³⁹⁾, o, en posición más matizada, las deudas a que se refiere el artículo 1319 del CC en relación con el artículo 1365.1 del CC, dado que el artículo 1319 del CC se refiere más a la relación externa con los acreedores, mientras que el artículo 1362 del CC regula más la relación interna entre los cónyuges ⁽⁴⁰⁾, interpretación que, a mi modo de ver, aunque probablemente resulte la más aceptable, sin embargo carece de un apoyo legal suficiente.

Durante la vigencia de la sociedad de gananciales, los acreedores cuyos créditos responden a deudas contraídas para subvenir al levantamiento de las cargas del matrimonio —o en el ámbito más restrictivo de la potestad doméstica—, por ese hecho en modo alguno disfrutan de privilegio o preferencia alguna frente a los demás acreedores, salvo el que se pueda derivar del general del artículo 1924.2.F) del CC, por anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido y calzado correspondientes al último año, modesto privilegio que aunque se pueda transformar por el mero hecho de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales

(38) LASARTE ÁLVAREZ, *loc. cit.*

(39) CUTILLAS TORNOS, “La liquidación de la sociedad de gananciales”, *La Ley*, 1986-3, pg. 902; DE LOS MOZOS, “Comentario a los artículos 1314 a 1410 del CC...” cit., pg. 626; Díez PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil IV. Derecho de Familia. Derecho de sucesiones*, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pg. 203; TORRES LANA, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, T. IV, Arts. 1088 a 1444. Trivium, Madrid, 1991, pg. 1.021; MARTÍN MELENDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales...* cit., pg. 514; MARTÍNEZ CALCERRADA, “Comentarios a los artículos 1399 a 1408 del CC”, en *Comentario del Código Civil*, T. VII, artículos 1315 a 1789 del CC., dirigidos por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona, 2000.

(40) GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, Valladolid, 1991, pg. 568; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pg. 289.

en la preferencia absoluta que consagra el párrafo 1.º del artículo 1399 del CC⁽⁴¹⁾, no parece apoyo decisivo dado su limitado alcance para reconvertir todas las deudas contraídas con la finalidad de atender al levantamiento de las cargas del matrimonio en deudas alimenticias, pues si bien es cierto que el precepto crea una preferencia donde antes no la había, su excepcionalidad nos lleva a la necesidad de su interpretación restrictiva.

Pero aun cuando pudiera sostenerse lo contrario, ha de tenerse en cuenta que el artículo 1399 del CC no se estaría refiriendo a las deudas alimenticias de carácter privativo de uno solo de los cónyuges, como pueden ser las derivadas de los alimentos legales del artículo 143 del CC respecto de hijos propios, pues tales deudas son exclusivas y no gananciales si bien ha de tenerse en cuenta las especialidades derivadas del artículo 1362 del CC. En mi opinión, claramente los alimentos debidos a los hijos propios que no convivían en el domicilio familiar, no son deudas de alimentos comunes, pues aunque vigente la sociedad de gananciales se sufraguen con los bienes consorciales (párr. 2.º art. 1362.1) lo es con derecho de reintegro en el momento de la liquidación, lo cual quiere decir que a partir de entonces —realmente ya desde la disolución— la sociedad de gananciales no tiene que hacerse cargo de tales alimentos y sí directamente el cónyuge obligado.

Por lo que respecta a los hijos de uno solo de los cónyuges que convivían en el hogar familiar, el párrafo 2.º del artículo 1362 del CC configura su alimentación y educación como carga de la sociedad de gananciales sin derecho de reintegro, pero a la extinción y liquidación del régimen como consecuencia de una sentencia de separación o divorcio el hogar familiar adquiere otras características y tales hijos van a estar ya bajo la guarda y custodia exclusiva de su progenitor, de manera que carece de sentido plantear que pueden ostentar un derecho de alimentos contra la sociedad de gananciales que haya de satisfacerse a pesar de su disolución pues ello no está en absoluto amparado por el artículo 1317 del CC.

Más dudas presenta la inclusión en el párrafo 1.º del artículo 1399 del CC de las deudas alimenticias en relación con los hijos comunes derivadas de las medidas provisionales o definitivas acordadas en el procedimiento judicial de separación o divorcio; es decir, las deudas y pensiones alimenticias impagadas

(41) Tal es la interpretación que del artículo 1399 del CC propugna, no sin razón, MORALES IMBERNÓN, “Comentario a los artículos 1344 a 1410 del CC...” cit., pg. 1.625.

por uno de los cónyuges ⁽⁴²⁾. En realidad el problema no se mueve estrictamente dentro del ámbito del artículo 1399 del CC sino del artículo 1398.1 del CC pues para pagar tales deudas con cargo a la masa ganancial con preferencia a cualquier otra previamente habrá tenido que ser calificada como deuda ganancial en la fase de formación de inventario, y habrá sido entonces, en el ámbito procesal del artículo 809 de la LEC, cuando la controversia se habrá resuelto sin que en fase de liquidación y propuesta del artículo 810 de la LEC pueda hacerse ya otra cosa que contemplar su pago preferente.

Baste señalar aquí que aunque el artículo 1362.1 del CC —con soluciones análogas en los regímenes comunitarios autonómicos— señala que serán a cargo de la sociedad de gananciales los gastos para el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes, e incluso el artículo 1408 del CC permite tomar alimentos de la masa común durante la liquidación, ello debe interpretarse solamente como una norma general que cede ante las resoluciones judiciales que se hayan podido adoptar en un procedimiento matrimonial, cuando la disolución tiene lugar precisamente por una declaración judicial de separación matrimonial, en la que por imperativo legal (arts. 91, 96 y 103 del CC) se produce la adopción de una serie de medidas que dan lugar a la individualización en los cónyuges de unas cargas, momento a partir del cual quien se convierte en deudor de dichas prestaciones no es ya la sociedad de gananciales sino el obligado judicialmente a las mismas en el proceso de separación matrimonial. Por ello ni un cónyuge puede incluir en la liquidación de la sociedad de gananciales como deuda común de carácter alimenticio los impagos de las cantidades fijadas para alimentos en el proceso matrimonial, ni el que los ha abonado pretender su reembolso en una improcedente alegación del artículo 1398.3 del CC, todo ello sin perjuicio de la aplicación del artículo 1405 del CC en la interpretación no restrictiva del mismo y comprensiva de todos los créditos que un cónyuge pueda sustentar contra el otro, incluidos los derivados de impago de pensiones y alimentos [*vid.* SAP de Madrid, Sección 11.ª, de 19 de junio de 2000 (AC 2000, 3959)] y no sólo reducidos a los derivados de las operaciones liquidatorias.

(42) Algún autor como GONZÁLEZ GOZALO, “La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción...” cit., pg. 2.289, sostiene que el artículo 1399 del CC se refiere a las deudas de alimentos que tenga un cónyuge frente a terceros y sean, al propio tiempo, deudas a cargo de la sociedad del artículo 1398.1 del CC, como las pensiones alimenticias debidas a los hijos comunes, por ejemplo. Pero si surgen antes de la disolución del régimen, estarían incluidas en el artículo 1362.1 del CC o, como obligación alimenticia estricta, correspondería a ambos cónyuges (art. 143 del CC). Y si son posteriores, tal y como se expone, se trataría de deudas propias.

Esta interpretación, que puede considerarse mayoritaria en la doctrina jurisprudencial⁽⁴³⁾, sin embargo no es unánime, si bien es de señalar que las sentencias que se inclinan por su inclusión en el pasivo lo hacen en su consideración de alimentos —que lo son— pero sin plantearse si también son deudas de la sociedad conyugal [*vid.* SAP de Badajoz, Sección 3.ª, de 31 de enero de 2003 (SP/SENT/46418)].

En último término, parece que el párrafo 1.º del artículo 1399 del CC en relación con el artículo 1398.1 del CC ha de entenderse referido exclusivamente a los créditos ya amparados por el privilegio general del artículo 1924.2.F) del CC, por anticipaciones hechas al deudor, para sí y su familia constituida bajo su autoridad, en comestibles, vestido y calzado correspondientes al último año⁽⁴⁴⁾, que en un procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales pasan a tener preferencia absoluta, o bien extenderlo a obligaciones alimenticias que tienen su origen contractual o testamentario (art. 153 del CC), asumidas por ambos cónyuges a título oneroso o gratuito (art. 1367 del CC), bien a través de atribución de bienes a título gratuito a ambos cónyuges *inter vivos* o *mortis causa* con carácter ganancial (art. 1353 del CC), mediante donación con carga (art. 647 del CC) o disposiciones testamentarias modales (*vid.* art. 879 del CC), bien como contraprestación en determinados contratos onerosos a la transmisión de bienes asumiendo la obligación de alimentos, como sucede en el contrato de alimentos de los artículos 1791 y siguientes del CC. Es cierto que en este caso la disolución y liquidación del régimen económico implicaría que unos acreedores verían sus créditos amparados por una preferencia que antes no ostentaban, pero, como se dijo, el párrafo 1.º del artículo 1399 del CC estaría creando *ex novo* una preferencia aplicable exclusivamente a las deudas alimenticias entre las que no se encuentran genéricamente las subsumibles en el artículo 1362.1.ª, pero sí las estrictamente de alimentos.

3. LA APLICACIÓN DE LOS PRIVILEGIOS CREDITICIOS

Después de recoger el párrafo 1.º del artículo 1399 del CC que terminado el inventario se pagarán en primer lugar la deudas de la sociedad, en su párrafo 2.º se añade que respecto de las demás, si el caudal inventariado no alcanzare para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos, es

(43) *Vid.* STS de 25 de enero de 2003 (RJ 2003, 1436) y SAP Almería, Sección 1.ª, de 4 de abril de 2003 (SP/SENT/46403), SAP Navarra, Sección 1.ª, de 19 de julio de 2002 (SP/SENT/39529).

(44) Así lo interpretaba DÍEZ PICAZO, “Comentario a los artículos 1399 a 1408 del CC”, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Vol II, Tecnos, Madrid, 1984, pg. 1.794 y MORALES IMBERNÓN, “Comentario a los artículos 1344 a 1410 del CC...” cit., pg. 1.625.

decir, en los artículos 1921 y siguientes del CC. Partiendo de la base de la escasa repercusión en la liquidación de la sociedad de gananciales de las deudas privativas de los cónyuges frente a terceros, reducida a la mera intervención de los acreedores para que no se realice en fraude de sus derechos (arts. 1083 del CC y 782.5 de la LEC), es claro que las demás deudas a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 1399 del CC no pueden ser más que deudas que también están a cargo de la sociedad de gananciales, lo que necesariamente nos lleva a la conclusión de que el párrafo 1.º de la norma se refiere a lo que el artículo 1398.1 del CC denomina “deudas pendientes a cargo de la sociedad” y el párrafo 2.º a las indemnizaciones y reintegros a los cónyuges de los números 2 y 3 del artículo 1398 del CC. Ello plantea el problema apuntado por GUILARTE GUTIÉRREZ⁽⁴⁵⁾ de que se pudiera considerar que entre deudas sociales, y ante la insuficiencia del patrimonio consorcial, no sean de aplicación las normas sobre preferencias crediticias sino el genérico principio de la *par conditio creditorum*, ya que en el párrafo 2.º que contiene la remisión no estarían incluidas las deudas sociales. Sin embargo, como señala el propio autor, tal interpretación ha de rechazarse pues, cabe afirmar, difícilmente puede admitirse una alteración tan sustancial de los privilegios crediticios en la liquidación de la sociedad de gananciales a través de la interpretación del artículo 1399 del CC. Es más, como se señala a continuación, precisamente el párrafo 2.º del artículo 1399 del CC, en mi opinión, es sólo de aplicación a los créditos por deudas sociales, no a las indemnizaciones y reintegros de los cónyuges.

Por otra parte, aun cuando la literalidad del precepto sólo se remite a los privilegios en el caso de que el caudal inventariado no alcance pagar todas las deudas comunes, como señala DÍEZ PICAZO⁽⁴⁶⁾, las reglas de graduación y de preferencia deben aplicarse tanto si el caudal inventariado alcanza como si no alcanza, porque el privilegio es una cualidad del crédito antes que de la situación del patrimonio del deudor. Por ello, y tal y como con claridad se desprende del artículo 782.3 de la LEC aplicable por remisión del artículo 1410 del CC, dado que la disolución de la sociedad de gananciales y la tramitación del procedimiento de liquidación en absoluto paraliza las reclamaciones judiciales en curso seguidas por los acreedores, ni tampoco impide el planteamiento de las nuevas de manera que tengan que ser llevadas al proceso de liquidación⁽⁴⁷⁾, los

(45) *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales...* cit., pg. 570.

(46) “Comentario a los artículos 1399 a 1408 del CC...” cit., pg. 1.794.

(47) Recordemos que el artículo 782.3 de la LEC precisamente niega a los acreedores de la herencia —acreedores consorciales— la posibilidad de instar la división, sin perjuicio de las acciones que le correspondan contra la herencia, que se ejercitarán en el juicio declarativo que proceda, sin suspender ni perjudicar las actuaciones de división de la herencia.

privilegios y prelación de créditos siguen siendo de aplicación en su ejercicio individual a través de la tercería de mejor derecho (art. 614 de la LEC).

La previsión de que el pasivo sea superior al activo en la liquidación de la sociedad de gananciales ha de ponerse en conexión con la regulación contenida en la Ley 22/2003, de 9 de julio, pues aunque es cierto que la sociedad de gananciales carece de personalidad jurídica, y en este sentido no puede ser declarada en concurso ⁽⁴⁸⁾, no hay que olvidar que aunque se habla de deudas de la sociedad, realmente la sociedad de gananciales no es deudora sino que lo es el cónyuge —o cónyuges— que contrae la deuda, sin perjuicio de que con ello obligue sus bienes propios y también los gananciales (art. 1369 del CC), por lo que si los bienes comunes y los bienes propios del deudor son insuficientes para el pago de las deudas por él contraídas con terceros —y dejando aparte la posibilidad de dirigirse contra los bienes privativos del otro en el ámbito del artículo 1319 del CC—, podrá declararse el concurso (art. 77 de la Ley 22/2003), que quedará sometido a la Ley Concursal tras su entrada en vigor, por lo que habrá de estarse no a los artículos 1921 y siguientes. del CC sobre concurrencia y prelación de créditos (en tanto no sean reformados), sino a los artículos 89 y siguientes de la Ley 22/2003.

(48) En mi opinión, tras la entrada en vigor de la Ley 22/2003 quedan resueltas todas las dudas anteriormente existentes sobre la posibilidad o no de declarar en concurso de acreedores a la sociedad de gananciales. El artículo 1.1 exige que el deudor, al ser persona física o jurídica, tenga personalidad jurídica y la excepción que se realiza en el artículo 1.2, *a sensu contrario*, respecto de la herencia yacente o aceptada a beneficio de inventario, como tal excepción ha de ser objeto de interpretación restrictiva. Además, los artículos 77.2, 82.1, 84.1 y 86.3 prevén expresamente el concurso del deudor casado bajo el régimen de gananciales, lo que completado con el artículo 541 de la LEC, que impide despachar ejecución frente a la comunidad de gananciales, y el artículo 6.1.4.^º de la LEC, del que se deriva que la sociedad de gananciales, en cuanto masa patrimonial no separada con titular, carece de legitimación para ser parte en procesos civiles, hace que la conclusión no sea muy discutible. Además, y por su importancia, debe resaltarse la previsión del artículo 84.1: en la masa pasiva del cónyuge deudor no se integrarán los créditos contra el cónyuge del concursado, aunque sean, además, créditos a cargo de la sociedad conyugal, pero en la masa activa sí se incluirán los bienes gananciales cuando deban de responder de las obligaciones del concursado (art. 77.2, con una confusa redacción de su significado). También el artículo 86.3 en el sentido de que la administración concursal expresará, respecto de cada uno de los créditos, si sólo pueden hacerse efectivos sobre el patrimonio privativo del cónyuge deudor o también sobre el patrimonio común. Es decir, aparente trato desigual entre los acreedores consorciales pues, en el ámbito en que cada cónyuge puede obligar unilateralmente todos los bienes gananciales, hasta la declaración del concurso respecto de la masa ganancial eran iguales los acreedores de uno y de otro cónyuge. La interpretación de los preceptos señalados y las conclusiones a que se llegan han de quedar, no obstante, fuera de este trabajo. Para la controversia anterior puede verse GONZÁLEZ GOZALO, “La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción...” cit., pg. 2.292.

Por último, si el patrimonio consorcial es insuficiente para el pago de todas las deudas, no hay que olvidar que, como se dice, también el cónyuge que contrajo la obligación es siempre responsable frente a terceros de forma ilimitada con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 del CC), de manera que los acreedores consorciales también podrán dirigirse contra su patrimonio — realmente de forma solidaria siempre (art. 1169 del CC)— pero, como señala GONZÁLEZ GOZALO⁽⁴⁹⁾, ya en concurrencia con los acreedores privativos del cónyuge, de manera que entre ellos ya no habrá más preferencias que los privilegios generales y no como antes, en que aquéllos tenían preferencia para cobrarse sus créditos con los bienes gananciales. Además, téngase en cuenta la responsabilidad subsidiaria de los bienes propios del cónyuge no deudor que el artículo 1319 del CC recoge para las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica.

4. EL PAGO MEDIANTE ADJUDICACIONES DE BIENES GANANCIALES

Señala el artículo 1400 del CC que cuando no hubiere metálico suficiente para el pago de las deudas podrán ofrecerse con tal fin adjudicaciones de bienes gananciales, pero si cualquier partícipe o acreedor lo pide se procederá a enajenarlos y pagar con su importe. Realmente, y dados los requisitos que se exigen, la posibilidad de satisfacer las deudas mediante la adjudicación de bienes no requiere necesariamente la ausencia de metálico en el activo consorcial, ni tan siquiera que la deuda sea pecuniaria pues, desde el momento en que se exige el consentimiento unánime del acreedor y los cónyuges, tal dación en pago, pues no otra cosa constituye la previsión del artículo 1400 del CC⁽⁵⁰⁾, siempre se

(49) “La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción... cit., pg. 2.292.

(50) Así lo suele entender generalmente la doctrina. *Vid.* DÍEZ PICAZO, “Comentario a los artículos 1399 a 1408 del CC...” cit., pg. 1.794, DE LOS MOZOS, “Comentario a los artículos 1314 a 1410 del CC...” cit., pg. 625, MORALES IMBERNÓN, “Comentario a los artículos 1344 a 1410 del CC...” cit., pg. 1.625 y VICENTE DÍAZ, “La liquidación de la sociedad de gananciales”, *Act. Civ.*, 1989-3, pg. 2.553. Ahora bien, realmente, el tenor literal del artículo 1400 del CC se está refiriendo no a la dación en pago sino al ofrecimiento de bienes para pago de deudas, es decir, al supuesto de cesión de bienes *pro solvendo*. Sin embargo, poca duda ofrece que en esta materia rige el principio de autonomía de la voluntad como se deriva del propio precepto, por lo que también comprende la dación en pago, que es el supuesto más normal, de manera que incluso la adjudicación de bienes al acreedor en el ámbito del artículo 1400 del CC debe entenderse, salvo pacto en contrario, como dación en pago y no como cesión para pago.

puede realizar ⁽⁵¹⁾. Por otra parte, y aunque el precepto parece estar refiriéndose sólo a la dación en pago, esto es, adjudicación de bienes gananciales al acreedor, quizá es necesario preguntarse si también entra en su ámbito, o si aun fuera de él es posible, la adjudicación de bienes gananciales a uno de los cónyuges no en dación en pago, sino para pago de la deuda, es decir, que el cónyuge asume el pago de la deuda frente al tercero acreedor y cuáles serían los efectos de tal convenio.

5. REQUISITOS DE LA DACIÓN EN PAGO: EL CONSENTIMIENTO UNÁNIME DEL ACREEDOR Y DE AMBOS CÓNYUGES

Para que pueda ser posible la adjudicación de bienes gananciales al acreedor en pago de la deuda, en primer lugar se requiere el consentimiento de ambos cónyuges, de manera que incluida tal pretensión en la propuesta de liquidación presentada por un cónyuge, bastaría que el otro se oponga en la comparecencia del artículo 810.3 de la LEC para que tal dación en pago no se pueda efectuar y, tal y como recoge el artículo 1400 del CC, en principio deba procederse a la enajenación de bienes en cuantía suficiente para satisfacer los importes adeudados sin que el contador pueda, a su vez, resolver las diferencias acordando la adjudicación de bienes comunes. Ésta es la interpretación sustentada por DÍEZ PICAZO ⁽⁵²⁾ para quien la posibilidad de oponerse es una facultad individual del partícipe, lo que quiere decir que cualquier otra solución distinta del pago en

⁽⁵¹⁾ En contra, aunque sin mayor argumentación, BLANDINO GARRIDO, *Régimen jurídico de las deudas tras la liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pg. 139. Una interpretación justificativa del artículo 1400 del CC la ofrece GARCÍA URBANO, “Comentario a los artículos 1400, 1405, 1406, 1407 y 1408 del CC”, *Comentario del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pg. 784, al afirmar que cuando no existe liquidez, el consentimiento del cónyuge no deudor se presume si no se opone a la dación en pago solicitando la subasta, presunción de consentimiento que no puede aceptarse si hay metálico suficiente para el pago de las deudas. Tal interpretación es asumida por GONZÁLEZ GOZALO, “La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción...” cit., pg. 2,294 y, efectivamente, puede ser defendible en cuanto a los cónyuges pero, como se expone en el texto, no para los acreedores. Por otra parte, en el contexto objeto de estudio, tal interpretación apenas tiene consecuencias prácticas pues dentro del artículo 810 de la LEC, cuando la propuesta de uno de los cónyuges incluya la dación en pago, la oposición del otro en la comparecencia normalmente será expresa, cerrando toda posibilidad a que se pueda presumir su consentimiento. Tan sólo cuando el cónyuge no se oponga en la comparecencia pidiendo la pública subasta —bien por ignorancia o defectuosa comprensión del precepto—, tendría sentido el artículo 1400 del CC en su interpretación literal, pues ante la pretensión tardía de que no prestó su consentimiento a la dación en pago, su rechazo se fundamentaría en que no solicitó la enajenación.

⁽⁵²⁾ “Comentario a los artículos 1399 a 1408 del CC...” cit., pg. 1796.

metálico requiere la unanimidad de los partícipes [cónyuges], existiendo, por consiguiente, un derecho de veto de cualquiera de ellos, cuyo resultado económico es la imposición del pago en metálico con la venta de bienes si es necesaria.

Sin embargo, cabría plantear si en el caso de que uno de los cónyuges y el acreedor estuvieran de acuerdo en la adjudicación, la necesidad de proceder a su enajenación realmente no admite excepción alguna o si, como se expone a continuación respecto de la adjudicación a los cónyuges de bienes indivisibles, es posible plantear la concurrencia de abuso de derecho (art. 7.2 del CC) en la oposición, teniendo en cuenta que tal doctrina parte de que alguien es titular de un derecho —en este caso oponerse a la adjudicación y poder solicitar la enajenación dado que se requiere su consentimiento como cotitular de la comunidad posganancial, pues en todo caso hay un acto de disposición— pero que lo ejerce abusivamente de manera que su pretensión es rechazada. A mi modo de ver, y teniendo en cuenta que mediante la adjudicación y aceptación por el acreedor se produce la efectiva y definitiva extinción de la deuda consorcial, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, excepcionalmente es posible sostener que la negativa de uno de los cónyuges a prestar su consentimiento puede constituir abuso de derecho, cuando el resultado a obtener es sólo la incertidumbre de una subasta y, en consecuencia, rechazar la oposición de tal cónyuge contra la liquidación practicada por el contador que incluya tal forma de pago al acreedor consorcial⁽⁵³⁾.

Por otra parte, obviamente se requiere el consentimiento del acreedor cuyo crédito se pretende satisfacer mediante la dación en pago, y no sólo por la exigencia específica del artículo 1400 del CC sino por el requisito general de la identidad del pago contemplado en el artículo 1166 del CC, de manera que con su oposición, nunca constitutiva de abuso de derecho, no sería posible la adjudicación y tendría que procederse a la enajenación de activos gananciales. Ahora bien, tal consentimiento presenta dos problemas: el primero, ya mencionado, de cómo se puede incluir al acreedor en la propuesta de liquidación con un matiz adicional. En el supuesto de hecho que se recoge en el artículo 1400 del CC, en lo que respecta al acreedor, se parte de un ofrecimiento de adjudicación de bienes gananciales para pago de deudas, pero bastará que el acreedor lo pida para que se proceda a enajenarlos y pagar con su importe. Parece pues que el ofrecimiento puede surgir unilateralmente de los cónyuges y que una vez notifi-

⁽⁵³⁾ Como indica GARCÍA URBANO, “Comentario a los artículos 1400, 1405, 1406, 1407 y 1408 del CC...” cit., pg. 785, de la redacción del artículo 1400 del CC no resulta vedada la posibilidad de que el ofrecimiento surja de la persona (no cónyuge) a quien por ley, decisión judicial o encargo de los partícipes, compete la realización de las operaciones liquidatorias, entre las que se encuentra la referida en este artículo.

cado al acreedor, es este quien tiene que negarse y solicitar la enajenación, de manera que si no lo hace se entendería su aceptación tácita⁽⁵⁴⁾.

Sin embargo, tal conclusión, a mi juicio, es muy dudosa pues la disolución de la sociedad de gananciales y su liquidación no altera la situación de los acreedores consorciales (art. 1317 del CC), ni en cuanto a los bienes a los que alcanza la responsabilidad patrimonial ni, en mi opinión, a la forma de hacerla efectiva, imponiendo cargas formales adicionales anteriormente inexistentes. Por ello el acreedor no está obligado a oponerse al ofrecimiento, y siempre puede ejercitar su derecho de crédito, bien esperando que los cónyuges procedan a la enajenación de bienes y le satisfagan la deuda pecuniaria —lo que en la práctica normalmente es ilusorio— o, y así debe interpretarse habitualmente la referencia del artículo 1400 del CC a la petición del acreedor y sucederá en la práctica, a través de la reclamación judicial con embargo y subasta de los bienes comunes⁽⁵⁵⁾. En todo caso, y aun admitiendo que el acreedor venga obligado a oponerse al ofrecimiento, para ello se requeriría, al menos, el señalamiento de un plazo por el tribunal —sin que el Código Civil establezca nada al respecto— y, probablemente, que la notificación contenga las advertencias necesarias sobre las consecuencias de la falta de contestación a la propuesta de los cónyuges.

El segundo problema que cabe plantear es si la exigencia de la conformidad del acreedor está reducida a aquél cuya deuda se pretende satisfacer mediante la adjudicación de bienes gananciales, o, por el contrario, se exige la conformidad de todos los acreedores consorciales. A mi parecer, el artículo 1400 del CC ha de enmarcarse en un procedimiento integral de pago a terceros de las deudas consorciales, de modo que todos los acreedores puedan ver pagados sus créditos, de manera que no parece exigirse el consentimiento unánime de todos para que uno de ellos o varios satisfagan sus créditos a través de dación en pago y otros con el recurso de la enajenación de bienes, siempre y cuando, en definitiva, el activo ganancial sea superior al pasivo y sin perjuicio de las acciones de

(54) Así lo interpretan TORRES LANA, *Código Civil*,... cit., pg. 1.021, GARCÍA URBANO, “Comentario a los artículos 1400, 1405, 1406, 1407 y 1408 del CC...” cit., pg. 785 y GONZÁLEZ GOZALO, “La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción...” cit., pg. 2.295.

(55) Para DÍEZ PICAZO, “Comentario a los artículos 1399 a 1408 del CC...” cit., pg. 1.796, la enajenación de bienes a petición del acreedor no podrá seguir una vía diferente que la del embargo y ejecución por los trámites establecidos en la LEC, pues proceder a la enajenación de bienes del deudor y al pago con su importe, es una facultad normal del derecho de crédito.

impugnación que puedan plantearse si la adjudicación de bienes encubre fraude de acreedores⁽⁵⁶⁾.

6. FALTA DE ACUERDO: PROPUESTA DE ENAJENACIÓN Y SOBRE QUÉ BIENES SE ENAJENAN

Sin perjuicio de la eventual apreciación de abuso de derecho en la oposición de uno de ellos, si no concurre el acuerdo de los cónyuges y el acreedor y cualquiera de ellos lo pide, el artículo 1400 del CC establece que se proceda a su enajenación y con lo obtenido pagar el importe de las deudas. Téngase en cuenta que una vez disuelta la sociedad de gananciales dejan de ser de aplicación las normas sobre la misma, especialmente los artículos 1396 y 1397 del CC sobre autorización judicial supletoria para los actos de administración o disposición sobre bienes comunes cuando un cónyuge se niega a prestar su consentimiento, encontrándonos ante una comunidad posganancial más próxima a la comunidad de bienes ordinaria [*vid.* SSTs de 19 de junio y 31 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 4901 y 9987) y 11 de mayo de 2000 (RJ 2000, 3926)] o a una comunidad equiparable a la comunidad hereditaria (art. 1410 del CC), que para los actos de enajenación requeriría unanimidad⁽⁵⁷⁾. Sin embargo, al encontrarnos en la fase de liquidación posterior a la formación de inventario, en la misma, conforme al artículo 809 de la LEC, ya se pueden establecer, y deben de quedar establecidas, *las normas sobre administración y disposición de los bienes comunes*, por lo que si a la vista del activo y pasivo es necesario proceder a la enajenación de bienes para pago a acreedores de deudas dinerarias, nada impide que entre tales medidas se incluyan las previsiones sobre qué bienes han de enajenarse y la forma de hacerlo previsiones que habrán de ser tenidas necesariamente en cuenta por los cónyuges a la hora de formalizar la propuesta de liquidación del artículo 810 de la LEC.

En el supuesto de que no se hayan adoptado medidas sobre la administración y disposición en la fase de formación de inventario, el cónyuge que realiza la propuesta deberá incluir la forma de pago a los acreedores y el sistema de enajenación de bienes, cuestiones sobre las que, en caso de discrepancia por el

(56) Opinión contraria sustenta TORRES LANA, *Código Civil...*, cit., pg. 1.022, para quien el acuerdo ha de ser unánime de todos los acreedores aunque ello resulte exagerado.

(57) Sobre el régimen de la comunidad posganancial puede verse CRESPO ALLUE, “La comunidad post-ganancial”, *Act. Civ.*, 1991, VIII, pgs. 109-118; GONZÁLEZ ACEBES, “El régimen jurídico de la comunidad postganancial”, *RCDI*, 1992, pgs. 1.181 y sigs.; RIVERA FERNÁNDEZ, *La comunidad postganancial*. José M.^º Bosch, Barcelona 1997; GUILARTE GUTIÉRREZ, “La sociedad de gananciales en liquidación: especial referencia a la comunidad postganancial surgida con ocasión de la crisis matrimonial”, *Act. Civ.*, 1999, II, pgs. 357 y sigs.

consorte, habrá de pronunciarse el contador y de mantenerse las diferencias resolverse por el procedimiento de los artículos 785 y siguientes de la LEC (art. 810.5 de la LEC). En todo caso, no parece ofrecer muchas dudas que, en principio, habrá de procederse a la enajenación de bienes o valores fácilmente realizables, en los que la enajenación cause la menor onerosidad, y con su importe satisfacer los créditos, siguiendo en este punto las previsiones del artículo 592 de la LEC en cuanto al orden que subsidiariamente establece para los embargos⁽⁵⁸⁾, todo ello sin perjuicio, tal y como se señaló, de que la enajenación a petición del acreedor tiene su propia forma y cauce a través de la reclamación del crédito, embargo y ejecución.

7. POSIBILIDAD DE QUE SE ADJUDIQUE EL PAGO DE LA DEUDA A UNO DE LOS CÓNYUGES

Sin la aceptación del acreedor no podría darse la dación en pago con la consiguiente extinción de la deuda y, sin embargo, no son infrecuentes los supuestos en que los cónyuges en la liquidación de la sociedad de gananciales optan por dividir la deuda entre los dos o asumir uno de ellos en exclusiva el pago de la misma —a veces incluso todavía no vencida ni exigible por el acreedor al tiempo de la liquidación— recibiendo para ello una adjudicación de bien o bienes gananciales en principio superior a su cuota, pero respetando la igualdad derivada del artículo 1404 del CC una vez descontada la deuda asumida. Ha de indicarse que tal acuerdo entre los cónyuges desde la perspectiva del hecho del pago no requiere el consentimiento del acreedor pues éste se verá obligado a aceptarlo en el momento del cumplimiento —siempre que sea íntegro (art. 1169 del CC)—, y no sólo cuando la deuda ganancial la asuma en exclusiva el cónyuge que la contrajo con él, que estaría cumpliendo el propio deudor, sino cuando la asuma el otro pues, aunque efectivamente no se pueda decir que el mismo era deudor dado que la responsabilidad de los bienes gananciales por deudas que él no ha contraído (art. 1365 del CC) le obligan a soportar la ejecución sobre los bienes comunes pero no puede ser condenado al pago, nos encontraríamos en el supuesto de un pago por tercero del artículo 1158 del CC que, salvo excepciones (art. 1161 del CC), el acreedor está obligado a aceptar.

Por supuesto, el acreedor puede prestar su consentimiento, que si lo es para asunción exclusiva de la deuda por el cónyuge que con él contrató, a mi modo

(58) Éste es el criterio mantenido también por MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pg. 536 y GONZÁLEZ GOZALO, “La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción...”, cit., pg. 2.303. *Vid.* SAP Teruel, de 21 de febrero de 2003 (SP/SENT/43279), sobre enajenación de fondos de inversión y pago de la deuda más gravosa.

de ver, no constituye un supuesto de novación, sino tan sólo de limitación de responsabilidad patrimonial por la deuda (art. 1911 del CC), es decir, que los bienes gananciales adjudicados al otro cónyuge quedan fuera del alcance del acreedor pues, en otro caso, su intervención y consentimiento no tendría consecuencia alguna. Si el consentimiento lo es para que el cónyuge que con él no ha contratado asuma en exclusiva el pago de la deuda, salvo pacto en contrario, sería un supuesto de novación por cambio de deudor (art. 1205 del CC), quedando el cónyuge obligado (antes no lo estaba) a responder con sus bienes propios y los gananciales adjudicados mientras que su consorte quedaría liberado⁽⁵⁹⁾.

Ahora bien, la pregunta es si para que en la liquidación realizada por el contador —o en su caso así se incluya en la propuesta— se atribuya a uno de los cónyuges exclusivamente el pago de la deuda consorcial adjudicándole bienes gananciales en compensación neta, se requiere su consentimiento y, sobre todo, si se requiere el consentimiento del otro. Respecto de lo primero, no parece fácil una respuesta positiva. Dificilmente puede encontrarse un fundamento jurídico, ni siquiera el abuso de derecho, para imponer a un cónyuge una adjudicación de un bien con obligación de pago de la deuda, al menos cuando no se trate del cónyuge que contrajo la deuda con el tercero. Es más, en la práctica ese problema, en mi opinión, aparece como una cuestión meramente teórica. No así el segundo supuesto, pues basta una lectura de la jurisprudencia para constatar que no es infrecuente la adjudicación a un cónyuge, con su conformidad, de la vivienda familiar asumiendo el pago de la hipoteca que la grava, respaldando el contador el contenido de la propuesta en tal sentido con la oposición del otro.

Nótese que el problema que se plantea no es el de la posibilidad de que se adjudique a un cónyuge la titularidad exclusiva de un bien en interpretación correctora de los artículos 1062 y 494 del CC en el estricto ámbito de la adjudicación de bienes, en los términos que se examinan a continuación, sino uno distinto: si se le puede imponer a un cónyuge la adjudicación del bien y la deuda a su consorte, asumiendo éste su pago y adquiriendo la titularidad exclusiva del bien. A mi juicio la respuesta ha de ser negativa. En la dación en pago, la deuda queda extinguida y con ella los bienes adjudicados al cónyuge disidente quedan definitivamente a salvo de cualquier responsabilidad patrimonial. Pero en la adjudicación para pago sin consentimiento del acreedor, la deuda no

⁽⁵⁹⁾ Para MORALES IMBERNÓN, “Comentario a los artículos 1344 a 1410 del CC...” cit., pg. 1.625, cabe la asunción de la deuda por uno de los cónyuges con el consentimiento del acreedor, con adjudicación individual de bienes para pago de esa deuda, aunque sin asunción por el tributario de la posición jurídica de obligado, citando la STS de 1 de febrero de 1990 (RJ 1990, 647). Sin embargo, a mi juicio, tal efecto es el que requiere pacto expreso, pues en esta peculiar asunción de deuda el anterior cónyuge deudor quedaría liberado.

se extingue y en caso de incumplimiento las consecuencias pueden ser muy perjudiciales.

8. INCUMPLIMIENTO DEL CÓNYUGE: SUS CONSECUENCIAS

En efecto, frente a la responsabilidad patrimonial que el acreedor puede hacer efectiva sobre los bienes adjudicados al cónyuge no deudor en los términos ya expuestos (arts. 1317 y 1401 del CC), no se puede oponer ni el pacto interno de que su consorte asumió el pago en exclusiva —pues sin perjuicio de la responsabilidad de los bienes gananciales siempre fue el único deudor, sin que el acuerdo entre los cónyuges implique modificación alguna en este punto—, ni una determinación judicial adoptada sin intervención del acreedor modificando el deudor y los bienes responsables, ni la necesidad de que previamente el acreedor tenga que dirigirse contra los bienes privativos del cónyuge deudor o los gananciales que le fueron adjudicados, pues frente al acreedor la masa ganancial sigue siendo única en responsabilidad solidaria con los bienes privativos [vid. STS de 28 de abril de 1988 (RJ 1988, 3299)]⁽⁶⁰⁾. Por ello, a mi juicio, no se puede imponer a un cónyuge la adjudicación exclusiva de un bien común al otro asumiendo éste el pago de una deuda consorcial salvo, probablemente, en la deuda hipotecaria en que normalmente será una hipótesis lejana que el acreedor persiga bienes adjudicados al otro y no satisfaga su crédito con el bien hipotecado. Lo que procederá en estos casos será distribuir la deuda entre ambos cónyuges con las correspondientes atribuciones de bienes gananciales y aplicación del artículo 1401 del CC.

Lo expuesto es aplicable al supuesto en que en la liquidación se adjudique el pago de la deuda ganancial —compensado con activos gananciales— al propio cónyuge que contrajo la obligación con tercero. Si la decisión es atribuir el pago de la deuda al cónyuge que no la contrajo con el tercero, el régimen de responsabilidad de los bienes gananciales adjudicados a ambos consortes en el mismo pero, por supuesto, frente a la reclamación del tercero el cónyuge que con él contrató no podrá oponer el pacto interno para cuya eficacia en cuanto novación se requiere siempre el consentimiento del acreedor.

Por último recordemos que aunque no sea oponible frente a tercero, la atribución a un cónyuge del pago de la deuda ganancial sí tiene eficacia interna (inciso final del art. 1084 del CC) por lo que, conforme al párrafo 2.º del artículo 1401, si como consecuencia de la responsabilidad de los bienes gananciales frente a tercero uno de los cónyuges hubiere pagado mayor cantidad de la

⁽⁶⁰⁾ Así lo considera la generalidad de la doctrina. Vid., por todos, BLANDINO GARRIDO, *Régimen jurídico de las deudas tras la liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pg. 157, con amplias referencias bibliográficas.

que le fuere imputable, podrá repetir contra el otro. Tal norma también es de aplicación en el supuesto en que la deuda fuera dividida entre ambos cónyuges y por el juego del párrafo 1.º del artículo 1401 del CC uno de ellos la hubiese satisfecho en su integridad, pero si uno solo de los cónyuges asumió su pago íntegro con adjudicación de bienes para ello, téngase en cuenta que la reclamación no será sólo por la mitad de su importe sino de su totalidad.

9. DEUDAS NO VENCIDAS

Cuando la deuda ganancial todavía no es exigible en el momento de practicarse las operaciones liquidatorias, ello no obsta para que deba incluirse en el pasivo de la sociedad conyugal. En general, aunque con determinados requisitos la deuda a plazo pueda ser satisfecha en el momento de la liquidación, lo más frecuente es que no se haga y el pago o cumplimiento se verifique con posterioridad a su vencimiento —o cumplimiento de la condición—, dado que en la liquidación de la sociedad de gananciales no es preciso dar cumplimiento a las obligaciones que todavía no hayan vencido —desde luego que no vencen por el mero hecho de que el régimen económico se disuelva y liquide— y sin que tampoco los acreedores puedan oponerse a la liquidación. En tales casos, se aplica sin más el artículo 1401 del CC de manera que el acreedor conserva su derecho de crédito y puede hacer efectiva su responsabilidad patrimonial en los términos expuestos, persiguiendo los bienes propios del cónyuge deudor o de ambos si los dos contrajeron la deuda —responsabilidad mancomunada salvo pacto en contrario (art. 1137 del CC) pues el artículo 1369 del CC sólo señala la responsabilidad solidaria entre los bienes propios y los gananciales, no entre los privativos de los cónyuges— y, además, todos los bienes gananciales cualquier que sea el cónyuge al que se le hubiesen adjudicado, con el efecto final previsto en el párrafo 2.º del precepto. En todo caso, recuérdese lo dicho anteriormente sobre las posibilidades de adjudicar a uno de los cónyuges un bien ganancial con obligación exclusiva de pago de una deuda común y su eficacia frente al tercero acreedor.

Se ha dicho que es posible en el momento de la liquidación el pago de la deuda ganancial no vencida. Precisamente las rigurosas consecuencias del artículo 1401 del CC puede hacer aconsejable la liquidación definitiva del pasivo para lo que, en primer lugar se requerirá el consentimiento del acreedor pues, tratándose de deudas a plazo, el artículo 1126 del CC impediría cualquier pago anticipado que no contara con su conformidad. Pero la duda es si se requiere también el consentimiento de ambos cónyuges, ya no sólo para pagar anticipadamente sino para llegar a cualquier otro acuerdo con el acreedor, como una quita, nuevo plazo, etc. Según mi criterio, cuando nos encontramos ante una deuda contraída sólo por uno de los cónyuges en el ámbito en que el Código Civil le permite obligar unilateralmente los bienes gananciales —por ejemplo,

artículo 1365—, dado que el otro cónyuge no es deudor y la responsabilidad alcanza solidariamente a los bienes gananciales por previsión legal (art. 1369 del CC), no parece difícil admitir en este caso la continuidad en la actuación individual pues, aunque las normas sobre administración y gestión de la sociedad de gananciales ya no serían de aplicación, ni tampoco las de cómo obligar frente a terceros los bienes gananciales, continuaría siendo de aplicación el artículo 1146 del CC, solución que también se podría admitir cuando ambos cónyuges se han obligado conjuntamente de manera solidaria. En otras palabras, a mi juicio, la propuesta de liquidación presentada por el cónyuge o el cuaderno particional realizado por el contador puede incluir el pago anticipado de deudas gananciales no vencidas, sin que para ello se requiera el consentimiento del cónyuge, con las consecuencias del artículo 1400 del CC y demás previsiones para el pago de deudas, sin que sea forzado recurrir a la adjudicación de la deuda y bienes a ambos cónyuges o a uno, para su pago al vencimiento, con la incertidumbre generada por el artículo 1401 del CC.

IV. EL PAGO DE LAS INDEMNIZACIONES Y REEMBOLSOS DEBIDOS A LOS CÓNYUGES

1. POSPOSICIÓN RESPECTO DE LOS ACREEDORES EXTERNOS

Establece el artículo 1403 del CC que pagadas las deudas y cargas de la sociedad, se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las compensaciones que correspondan cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad. Como se ha señalado y se desprende de la literalidad del precepto, el pago de las indemnizaciones y reembolsos debidos a los cónyuges, aun constituyendo parte del pasivo de la sociedad de gananciales (art. 1398.2 y 3), está supeditado al pago previo de las deudas de los acreedores consorciales⁽⁶¹⁾ entre los cuales, estrictamente, no cabe considerar a los cónyuges ante una sociedad conyugal que carece de personalidad jurídica independiente de la de ellos. Así, y aparte de otras razones ya expuestas anteriormente, se explica la aparente contradicción que se ha resalta-

⁽⁶¹⁾ Distinta solución adopta la Ley 89.4 de la Compilación navarra al establecer que, terminado el inventario, se pagarán las deudas de la sociedad, incluidas las que éste tenga con los cónyuges, conforme a lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos. Igualmente, el artículo 83 de la Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, en la liquidación ordinaria en que el activo es superior al pasivo, establece que las deudas con los terceros se pagan antes que los reintegros a los cónyuges, pero si el activo inventariado no fuera suficiente para satisfacer las deudas consorciales y los reintegros a los patrimonios privativos, entonces el artículo 82 se remite, para todos, a las normas sobre concurrencia y prelación de créditos.

do⁽⁶²⁾ entre el artículo 1403 del CC y el párrafo 2.º del artículo 1399 del CC, pues mientras el segundo, en caso de insuficiencia del activo ganancial para hacer frente al pago de las deudas se remite a las normas de concurrencia y prelación de créditos para el pago de las deudas de la sociedad, no de las deudas de la sociedad con terceros exclusivamente, el primero pospone siempre el pago de los reintegros e indemnizaciones, a los que el artículo 1403 del CC evita calificar de deudas.

Tal solución legal puede no parecer justa respecto del cónyuge no deudor, es decir, aquel que no contrajo la deuda aunque deban de responder los bienes gananciales, pues no hay razón para posponerlo a todos los demás acreedores, y en este sentido se pronuncian RAMS-LACRUZ⁽⁶³⁾ al rechazar la interpretación literal del artículo 1403 del CC al afirmar, recurriendo a los antecedentes históricos, que la norma señala un modo de liquidación en los casos ordinarios, pero no un orden de preferencia necesario, por lo que no se impide la concurrencia, en pie de igualdad o aplicándose el Derecho común de los privilegios, entre los acreedores externos y el cónyuge no deudor, mientras sí la prohíbe al cónyuge deudor. Sin embargo, a mi juicio, y a pesar de lo sugerente de la tesis, es muy dudoso que tenga cabida en el artículo 1403 del CC que claramente se refiere al abono de las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge con posterioridad a los acreedores consorciales, sin distinción entre cónyuge deudor y no deudor, por lo que es inseguro que se pueda reducir la aplicación del precepto sólo al supuesto de que existan bienes suficientes para pagar todas las deudas, indemnizaciones y reembolsos, conteniendo una mera secuencia temporal de pagos⁽⁶⁴⁾, pues el artículo 1399 del CC también establece preferencias, sea por remisión a las normas generales, sea estableciendo un privilegio *ex novo* para las deudas alimenticias, sin que, como se ha dicho, en el artículo 1398 y 1403 del CC se hable de deudas para referirse a los reintegros y reembolsos entre

(62) DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil IV...*, cit., pg. 203, quienes entienden que el artículo 1403 del CC no debería aplicarse en los supuestos de insuficiencia patrimonial y atenderse a las reglas de preferencia y prelación.

(63) *Elementos de Derecho Civil IV...*, cit., pgs. 228-230. Pueden verse igualmente, los argumentos recogidos con más detenimiento en RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992, pgs. 439-440.

(64) Para RAMS-LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil IV...*, cit., pg. 266, de la redacción del inciso final del artículo 1399 del CC, en relación con el artículo 1403 del CC, hay que deducir que la posposición de los créditos de un cónyuge frente al consorcio, como dispone este último, sólo procede cuando en la masa consorcial hay bienes suficientes para satisfacerlos, ya que en el artículo 1403 del CC, examinado dentro del contexto institucional del régimen, no se encuentran motivos para ver en él una derogación parcial del régimen general de concurrencia y prelación de créditos, sin incurrir en una flagrante injusticia.

cónyuge ⁽⁶⁵⁾ o puedan considerarse incluidas en las demás deudas del párrafo 2.º del artículo 1399 del CC.

Ahora bien, recoge BLANDINO GARRIDO la interesante cuestión, ya planteada por PEÑA BERNALDO DE QUIROS ⁽⁶⁶⁾, de que a las deudas de la sociedad contempladas en el artículo 1399 del CC se asimilen las deudas de la masa común frente a los cónyuges que carezcan de la consideración de indemnizaciones y reintegros y ello en base al último inciso del número 3 del artículo 1398 del CC cuando recoge las cantidades que, en general, “constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad”, entendiendo que si bien la primera parte de este apartado hace referencia a los reintegros y reembolsos que ostentan los cónyuges contra la masa común, el último inciso son otros créditos que no estarían incluidos en la posposición del artículo 1403 del CC ⁽⁶⁷⁾. Y es que, en efecto, cabe en hipótesis plantearse la existencia de relaciones patrimoniales entre los bienes gananciales y privativos que, con encaje en la libertad de contratación del artículo 1323 del CC, no constituyan indemnizaciones ni reintegros, si bien tal situación no es fácil que se dé en la práctica ⁽⁶⁸⁾.

(65) Para DE LOS MOZOS, “Comentario a los artículos 1314 a 1410 del CC...” cit., pg. 631, del propio texto del artículo 1403 del CC se deduce claramente, y sin lugar a dudas, que los créditos a favor de los cónyuges o de sus herederos contra la sociedad son de ulterior rango que los créditos que tengan los terceros contra ella por las deudas comunes. En el mismo sentido CUTILLAS TORNOS, “La liquidación de la sociedad de gananciales...” cit., pg. 897; GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales...* cit., pg. 569; MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales...* cit., pg. 512. Ello es incluso de aplicación, tal y como señala LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pgs. 290-291, a los posibles reintegros a que un cónyuge tenga derecho por aportación de caudales propios para satisfacer necesidades alimenticias de la familia, pues no estarían incluidos en el artículo 1399 del CC sino en el artículo 1403 del CC. En el mismo sentido GONZÁLEZ GOZALO, “La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción...” cit., pg. 2.289.

(66) “Comentario a los artículos 1399, 1401, 1402, 1403 y 1404 del CC...” cit., pg. 792.

(67) BLANDINO GARRIDO *Régimen jurídico de las deudas tras la liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pg. 139.

(68) Alude GONZÁLEZ GOZALO, “La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción...” cit., pg. 2.289, a que, por ejemplo, sería una deuda de la sociedad la compra para la misma por parte de un cónyuge de un bien privativo de su consorte. Sin embargo, en la práctica, la ganancialidad de un bien previamente privativo se realiza generalmente, entre otros, por motivos fiscales, a través del artículo 1355 del CC lo que, si se admite el derecho de reembolso a la extinción del régimen económico, nos llevaría al artículo 1403 del CC.

2. INSUFICIENCIA DEL PATRIMONIO GANANCIAL

Así como el artículo 1405 del CC presenta el problema de concretar qué se entiende por deudas personales entre cónyuges —que como se verá se ciñen a las derivadas de las relaciones entre los patrimonios privativos—, no parece que quepa mucha duda de que las indemnizaciones y reintegros a que se refiere el artículo 1403 del CC, así como las deudas objeto de compensación, son los importes actualizados que se incluyen en los artículos 1397.2 y 3 y 1398.2 y 3 del CC, que claramente regulan tales indemnizaciones y reintegros entre los cónyuges y la masa común, no entre ellos mismos y sus patrimonios privativos, de manera que como señala el propio precepto, el abono de tales importes o cantidades se realizará hasta donde alcance el caudal inventariado una vez pagadas las deudas alimenticias y, en general, las de los terceros acreedores.

Ello puede suponer en la práctica, que no haya activo ganancial suficiente para el pago de las indemnizaciones y reintegros, con lo cual se puede producir un importante desequilibrio patrimonial, pues un cónyuge puede verse beneficiado porque una deuda privativa suya fue satisfecha con bienes gananciales (art. 1397.3 del CC) —con el consiguiente perjuicio del otro que en definitiva le habrá abonado la mitad—, o perjudicado porque sus bienes privativos fueron consumidos en interés de la sociedad (art. 1398.2 del CC) o su patrimonio reducido por haber pagado con fondos propios deudas gananciales (art. 1398.3 del CC). En estos casos, atendiendo a la dicción literal del artículo 1403 del CC, no parece que el cónyuge perjudicado tenga sin más acción alguna contra el otro para reclamar a costa de su patrimonio privativo las oportunas compensaciones, pues no se trata de deudas personales entre ellos, en que uno sea acreedor y otro deudor, sino de reembolsos entre los bienes privativos de cada uno de ellos y la masa ganancial, de manera que el límite se encuentra “hasta donde alcance el caudal inventariado”⁽⁶⁹⁾.

Se ha señalado que tal efecto no es más que una inevitable consecuencia del carácter familiar de la comunidad ganancial⁽⁷⁰⁾, y probablemente así sea, pero no cabe duda de que tal conclusión permite actuaciones a cargo de un cónyuge durante la vigencia de la sociedad de gananciales que difícilmente pueden ser asumidas en el momento de la liquidación, como es el hecho de que uno de ellos haya contribuido con sus bienes propios al sostenimiento de la sociedad de

⁽⁶⁹⁾ En contra BELTRÁN DE HEREDIA, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pg. 294, para quien como la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica, en realidad es un cónyuge quien debe al otro los reintegros y reembolsos y se aplicará el párrafo 2.º del artículo 1401 del CC.

⁽⁷⁰⁾ DE LOS MOZOS, “Comentario a los artículos 1314 a 1410 del CC...” cit., pg. 635 y TORRES LANA, *Código Civil...*, cit., pg. 1.028.

gananciales y el otro, pudiendo hacerlo también por tener recursos económicos, simplemente se haya abstenido. Tal conducta no encontrará encaje en los artículos 1390 y 1391 del CC —que aparentemente tampoco serviría de mucho pues se sigue hablando de que será deudor de la sociedad, no del otro cónyuge, sin perjuicio de sus consecuencias cuando el conflicto sea exclusivamente entre consortes por no alcanzar el activo ganancial [pagadas ya las deudas a terceros] para satisfacer íntegramente los reintegros y reembolsos debidos a ambos—, sí puede permitir, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, apreciar la existencia de un enriquecimiento injusto que concluya en la existencia de una deuda personal entre cónyuges por la mitad del importe que, aunque también sea irrelevante en este caso el artículo 1405 del CC ante la carencia de caudal común, permita no su inclusión en la propuesta de liquidación o que el contador recoja su abono con cargo a bienes privativos, sino su posterior reclamación por el procedimiento que corresponda⁽⁷¹⁾.

En todo caso, y a la vista del resultado que se puede producir, no parece inoportuno recordar el artículo 1364 del CC: el cónyuge que hubiere aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común. En fase de liquidación eso es lo que hace el artículo 1398.2 y 3 del CC, pero el derecho concedido en el artículo 1364 del CC, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en los artículos 1468 del Code français o 192 del Codice, no está aplazado a tal momento, de manera que estos créditos privativos pueden ser reclamados en cualquier tiempo⁽⁷²⁾ con la consecuencia de que si ya han sido satisfechos, obviamente no serán incluidos en el pasivo de la sociedad, por lo que no le será de aplicación el artículo 1403 del CC, careciendo los acreedores de la posibilidad de dirigirse contra el cónyuge no deudor al amparo del artículo 1401 del CC o pretendiendo hacer valer preferencias no aplicables, dado que ni el dinero ni los bienes con que se hayan podido producir las indemnizaciones y reembolsos antes de la disolución del régimen son bienes gananciales adjudicados a un cónyuge en fase de liquidación, ello sin perjuicio de la responsabilidad del cónyuge deudor o de ejercicio de acciones por fraude, que no parece puedan prosperar por el mero hecho de haber pagado con anterioridad y sin vinculación

(71) La doctrina también aporta otra solución a través de la obligación que el artículo 1318 del CC impone a los cónyuges de subvenir al levantamiento de las cargas del matrimonio, que puede servir de base para ejercitar la acción de repetición contra el otro cónyuge por lo pagado de más. *Vid.* GONZÁLEZ GOZALO, “La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción...” cit., pg. 2.292.

(72) RAMS-LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil IV...*, cit., pg. 228; DE LOS MOZOS, “Comentario a los artículos 1314 a 1410 del CC...” cit., pg. 633 y BELTRÁN DE HEREDIA, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pg. 292.

con una disolución previsible del régimen. Obviamente, sí sería impugnabile, no habiendo bienes suficientes para hacer frente a las deudas consorciales frente a terceros, cuando hayan sido pagados los reintegros e indemnizaciones una vez disuelta la sociedad conyugal sin respetar la preferencia y posposición derivada de los artículos 1399 y 1403 del CC.

Por último, como se ha dicho, puede ocurrir que el caudal inventariado no alcance para pagar a ambos cónyuges íntegramente el importe de todos los reintegros y reembolsos debidos a cada uno de ellos. Cabe preguntarse entonces si entre ellos, y a los efectos de realizar la propuesta en tal sentido o de recogerlas el contador en su cuaderno, pueden ser de aplicación las preferencias derivadas de los artículos 1921 y siguientes del CC o si, por el contrario, se encuentran en una posición de igualdad que implica no tanto una distribución de los bienes por mitad sino un pago a prorrata o proporcional. De una interpretación literal del párrafo 2.º del artículo 1399 del CC podría derivarse la aplicación de las reglas sobre concurrencia y prelación de créditos pues, precisamente, al referirse a las demás deudas que no sean deudas de la sociedad, nos estaría remitiendo a los números 2 y 3 del artículo 1398 del CC, es decir, a las indemnizaciones y reembolsos a favor de los consortes. Sin embargo, como se ha dicho anteriormente, a mi modo de ver no cabe considerar exactamente a los cónyuges como acreedores de la sociedad conyugal por lo que no sería de aplicación el párrafo 2.º del artículo 1399 del CC, y el abono de las indemnizaciones y reintegros deberá de realizarse a prorrata con las consiguientes reducciones proporcionales⁽⁷³⁾, sin perjuicio de que si la insuficiencia del activo ganancial es atribuible a hecho ilícito civil de uno de los cónyuges pueda ser de aplicación el artículo 1390 del CC —aunque su exigencia de daño doloso o al menos negligencia grave dificulta mucho su aplicación práctica— con lo que el otro cónyuge tendría derecho a cobrar íntegramente sus reembolsos y reintegros con los bienes comunes o, simplemente, ante su falta, hacer surgir una responsabilidad patrimonial propia del cónyuge con sus bienes privativos, lo que podría plantear un problema de prescripción de la acción solucionable con el artículo 1969 del CC pues el plazo, a falta de norma específica, sólo comenzaría a contar cuando

(73) En tal sentido DÍEZ PICAZO, “Comentario a los artículos 1399 a 1408 del CC...” cit., pg. 1.798 y BELTRÁN DE HEREDIA, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pg. 295. En contra GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales...*, cit., pg. 570; MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pg. 515; RIVERA FERNÁNDEZ, *La comunidad postganancial...*, cit., pg. 180 y GONZÁLEZ GOZALO, “La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción...” cit., pg. 2.292, para quienes las reglas de la prelación de créditos también rige entre cónyuges cuando el sobrante sea insuficiente. En la legislación navarra y aragonesa (Ley 89.4 de la Compilación y art. 82 de la Ley 2/2003) sí rigen las normas sobre concurrencia y prelación de créditos.

como consecuencia de las operaciones particionales se releva la insuficiencia del activo.

3. FORMA DE PAGO

El abono de indemnizaciones y reintegros⁽⁷⁴⁾, habiendo metálico y siendo deuda pecuniaria, habrá de realizarse en dinero, salvo acuerdo en contrario de los cónyuges, sin que en este caso se ostente derecho a que su pago se realice mediante adjudicación de bienes, como las deudas personales se recoge en el artículo 1405 del CC. Como acertadamente señalan RAMS-LACRUZ⁽⁷⁵⁾, si se permitiera imputar lo debido en la cuota de gananciales de cada cónyuge, aquel que recibe la indemnización o reembolso percibiría una mayor cantidad de bienes distintos del dinero, lo que sería contrario al principio de igualdad cualitativa de la partición recogido en el artículo 1061 del CC ya que los reembolsos no se reciben como un derecho de detracción sobre la masa común, sino la extinción de un crédito. Por otra parte, a falta de metálico, del artículo 1403 del CC no se desprende con claridad que las indemnizaciones y reembolsos que tiene derecho a percibir el cónyuge, realizadas las oportunas compensaciones, puedan abonarse contra su voluntad o contra la del otro mediante adjudicaciones en bienes del caudal inventariado, sin derecho a exigir su enajenación con inaplicación del artículo 1400 del CC. Incluso cabría pensar que si se satisfacen con bienes distintos a dinero consorcial nos encontraríamos ante una dación en pago⁽⁷⁶⁾ que requeriría el consentimiento de ambos cónyuges, de manera que si uno de ellos se opone deberían enajenarse los bienes en cantidad suficiente para con su importe satisfacer los reintegros y reembolsos. Sin embargo, en mi opinión, como ya se ha expuesto, los cónyuges no son simplemente unos acreedores de la masa consorcial, sino los titulares de la misma, inmersos en un procedimiento de liquidación y adjudicación, por lo que soluciones aplicables a aquéllos en cuanto terceros —no les puede obligar a recibir una prestación diversa (art. 1166 del CC)— no lo son a los cónyuges, y a falta de metálico no parece que exista gran inconveniente jurídico en aplicar analógicamente el mis-

(74) Para un amplio tratamiento de las formas de pago de los reintegros y reembolsos debidos por los cónyuges a la sociedad y por ésta a los cónyuges puede verse BELTRÁN DE HEREDIA, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pgs. 300 y sigs.

(75) *Elementos de Derecho Civil IV...*, cit., pg. 266. En el mismo sentido de abono en dinero SERRANO ALONSO, *La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia...*, cit., pg. 69.

(76) Así RAMS-LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil IV...*, cit., pg. 266. También MORALEJO IMBERNÓN, “Comentario a los artículos 1344 a 1410 del CC...” cit., pg. 1.627, asume que no es posible realizar adjudicaciones en pago de las indemnizaciones y reembolsos.

mo criterio que el artículo 1405 del CC, es decir, reconocer su derecho a que se le adjudiquen bienes comunes⁽⁷⁷⁾.

4. LA REALIZACIÓN DE COMPENSACIONES

El artículo 1403 del CC está contemplando no la posible compensación entre cónyuges por créditos y deudas que puedan existir entre sus patrimonios privativos —que seguirán los cauces generales de la compensación pues salvo lo previsto en el artículo 1405 del CC son ajenas al proceso de liquidación de la sociedad conyugal—, sino la relación entre los apartados 2.º y 3.º del artículo 1397 del CC con los apartados 2.º y 3.º del artículo 1398, que reflejan deudas dinerarias, por lo que si un cónyuge es acreedor de la sociedad conforme al artículo 1398 del CC pero también deudor de la misma por el artículo 1397 del CC, se realizarán las correspondientes compensaciones. Téngase en cuenta que en fase de liquidación todos los importes son líquidos y exigibles al venir determinados en la fase de formación de inventario, reuniendo todos los requisitos del artículo 1195 del CC en cuanto a la compensación. Por otra parte, y como acertadamente afirma DÍEZ PICAZO⁽⁷⁸⁾, es de destacar que las compensaciones previstas en el artículo 1403 del CC son posteriores al pago de las deudas de la sociedad frente a terceros, de manera que si para pagarlas hay que realizar los créditos de la sociedad contra el cónyuge como parte del activo social, éste no podrá en ese momento oponer la compensación.

⁽⁷⁷⁾ En este sentido BELTRÁN DE HEREDIA, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pgs. 307 y 308. Niega expresamente tal posibilidad de aplicación analógica MARTÍN MELENDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pg. 538. No obstante, el argumento que considera decisivo para tal conclusión —la posibilidad de exigir la entrega de bienes que permite el artículo 1405 del CC puede explicarse como una especie de sanción al deudor que voluntariamente no quiso pagar— a mi juicio no es suficiente para excluir el recurso al artículo 4 del CC, pues el carácter sancionador de aquel precepto no es fácil de admitir. Por otra parte, cabe señalar cómo el artículo 83.1.5.º de la Ley aragonesa 2/2003 contempla expresamente que los reintegros debidos a los cónyuges, a falta de metálico suficiente, podrá hacerse mediante dación en pago de bienes consorciales. Por su parte, el artículo 1471 del Code francés también contempla que los reintegros se abonan en dinero y, en su defecto, con adjudicación de bienes muebles y subsidiariamente inmuebles.

⁽⁷⁸⁾ “Comentario a los artículos 1399 a 1408 del CC...” cit., pg. 1.799. No comparte la misma opinión BELTRÁN DE HEREDIA, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pg. 311, en parte con el argumento —desde luego no desdeñable— de que dado que los reintegros y reembolsos pueden realizarse antes de la disolución del régimen matrimonial (art. 1364 del CC), los cónyuges podrían compensar ya antes que los acreedores consorciales. Parecida idea sustenta PEÑA BERNALDO DE QUIROS, “Comentario a los artículos

V. EL PAGO DE LAS DEUDAS PERSONALES ENTRE CÓNYUGES

1. REQUISITOS DE LAS DEUDAS PERSONALES PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1405 DEL CC

Como se ha dicho, la liquidación de la sociedad de gananciales se plantea en los artículos 1397 y 1398 del CC como una relación de ésta con los patrimonios privativos de los cónyuges, pero no entre los mismos, de manera que, en principio, las deudas entre cónyuges puramente personales y que afecten a sus patrimonios privativos tendrían que estar al margen de la liquidación de la sociedad de gananciales. Sin embargo, según el artículo 1405 del CC, si uno de los cónyuges resultare en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, podrá exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente.

Dejando aparte la compleja cuestión de las consecuencias de la aplicación de este precepto respecto de otros acreedores privativos del cónyuge deudor⁽⁷⁹⁾, la norma plantea el importante problema de cuáles son las deudas personales a las que se refiere: si las que se derivan de las propias operaciones particionales, en que como consecuencia de las adjudicaciones puede producirse un exceso y

1399, 1401, 1402, 1403 y 1404 del CC...” cit., pg. 793, para quien la posposición derivada del artículo 1403 del CC sería aplicable a deudas en que no hubieran concurrido antes los requisitos para la compensación legal (vencimiento, liquidez), pero no cuando pueda apreciarse una extinción automática antes de la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1202 del CC).

⁽⁷⁹⁾ Los acreedores privativos del cónyuge deudor no intervienen en la liquidación de la sociedad de gananciales más que en el ámbito de los artículos 1083 del CC y 782.5 de la LEC por remisión del artículo 1410 del CC: pueden participar a su costa para evitar que se haga en fraude o perjuicio de sus derechos. Se encuentran, pues, a la espera de las adjudicaciones —pospuestos a los acreedores de la sociedad e incluso a los reintegros y reembolsos del artículo 1403 del CC—, sin perjuicio de la posibilidad de embargar la cuota del cónyuge deudor en la sociedad de gananciales disuelta y, anteriormente, hacer uso de los derechos conferidos por los artículos 1373 del CC y 541.3 de la LEC. La pregunta es cómo oponer, conforme a las normas generales sobre concurrencia y prelación de créditos, sus eventuales derechos de preferencia sobre el otro cónyuge que, en otro caso, siempre cobrará sus créditos personales de una manera rápida y eficaz, mediante adjudicación de bienes comunes que, en consecuencia, ya no ingresarán en el patrimonio exclusivo del cónyuge deudor, quedando fuera del alcance de sus acreedores privativos. Quizá sea suficiente la mera oposición a la adjudicación prevista en el artículo 1405 del CC en cuanto suponga perjuicio a sus derechos, y así parece entenderlo GARCÍA URBANO, “Comentario a los artículos 1400, 1405, 1406, 1407 y 1408 del CC...”, cit., pg. 795. No obstante, si no están personados en la liquidación —y es fácil que no lo estén pues a diferencia de los acreedores consorciales no estarán incluidos en el pasivo ni serán citados—, una vez pagado y extinguido el crédito del cónyuge, salvo fraude de acreedores (art. 1291.3 del CC), poco podrán hacer.

defecto de atribución que ha de compensarse, o si realmente son deudas previamente existentes entre los cónyuges y ajenas a la liquidación⁽⁸⁰⁾. Para resolver este punto parece oportuno traer a colación la doctrina de la SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 25 de febrero de 1997 (AC 1997, 408):

“No puede compartirse el criterio interpretativo sustentado por un cierto sector doctrinal⁽⁸¹⁾ que sostiene que el indicado precepto contempla un desequilibrio patrimonial entre los cónyuges dimanante de las operaciones propias de la liquidación de la sociedad de gananciales, y nunca de operaciones marginales generadas por sus bienes privativos, en cuanto de ser ello así daría lugar a la aplicación de las previsiones del artículo 1403 del CC, revelándose como absolutamente superfluo aquél; y en efecto de modo significativo el mismo no habla de deudas o créditos resultantes de la liquidación, sino de los que pudieran existir coincidiendo con tal momento, y no como deudas o créditos de la sociedad respecto de uno de los cónyuges, sino de éstos entre sí a título «personal».

Se trata en definitiva de lo que otro sector doctrinal califica⁽⁸²⁾ de una anómala interferencia en la liquidación societaria, porque la relación crédito-deuda entre los cónyuges es extrínseca y ajena a los avatares de la masa ganancial, al concederse un derecho subjetivo que no se integra, de ejercitarse, en las operaciones particionales, pero que actúa, una vez concluidas las mismas y antes de las definitivas adjudicaciones de bienes que los convertirán ya en privativos, como complemento accesorio, que no necesario, de aquéllas, a fin de que un cónyuge pueda resarcirse, con «bienes comunes», de lo que el otro le adeude a título personal.

Es pues en el referido momento, y no antes ni después, cuando puede ser ejercitada tal facultad, como así lo realiza correctamente la parte hoy recurrente, sobre la base además de un crédito reconocido judicialmente en la ejecución de la sentencia de separación matrimonial, hasta el punto de haber originado el correspondiente embargo, por el impago voluntario del deudor; en consecuencia no se puede remitir a dicha litigante, como inadecuadamente realiza el auto impugnado, a otra vía procesal distinta de la elegida, pues ya no se actuaría sobre bienes comunes, sino privativos a

(80) Para MORALEJO IMBERNÓN, “Comentario a los artículos 1344 a 1410 del CC...”, cit., pg. 1.628, el artículo 1405 del CC abarca ambos tipos de deuda.

(81) RAMS ALBESA, “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales”, *RDCI*, 1985, pg. 980.

(82) TORRES LANA, *Código Civil...*, cit., pg. 1.032 y GARCÍA URBANO, “Comentario a los artículos 1400, 1405, 1406, 1407 y 1408 del CC...”, cit., pg. 795.

consecuencia de las correspondientes adjudicaciones, lo que dejaría sin contenido el artículo 1405 del CC de cuya aplicación se trata.”

La interpretación no restrictiva del artículo 1405 del CC, que según mi criterio es la correcta, presenta, no obstante, algunos problemas. Por una parte, para que el cónyuge pueda exigir que se le satisfaga el crédito que ostenta contra el otro mediante la adjudicación de bienes comunes, en mi opinión, no debería de ofrecer muchas dudas que debe de tratarse de un crédito vencido, líquido y exigible⁽⁸³⁾, como parece corroborar la propia previsión del precepto de que el deudor pague voluntariamente, lo que no vendrá obligado a realizar si la deuda no es líquida o no es exigible por estar sometida a plazo, condición, etc. Sin embargo, en cuanto al requisito de la exigibilidad, al menos respecto de las obligaciones a plazo, la conclusión no es unánime. Y así, en sentido contrario se pronuncia expresamente DÍEZ PICAZO⁽⁸⁴⁾ al sostener que en lo referente a estas deudas la liquidación de la sociedad de gananciales parece determinar un vencimiento anticipado, ante el que el cónyuge deudor tendría derecho a exigir el correspondiente descuento. Igualmente TORRES LANA⁽⁸⁵⁾, para quien el artículo 1405 del CC hace abstracción de cualidad tan importante como que el crédito esté vencido, por lo que se trataría de un supuesto de pago no voluntario de un crédito aún inexigible, y RAMS-LACRUZ⁽⁸⁶⁾, sosteniendo que las deudas particulares (personales) entre cónyuges se presumen vencidas y exigibles cuando la liquidación de la sociedad de gananciales proviene por muerte de uno de los cónyuges, separación, divorcio o decisión judicial fundada en alguna de las causas contempladas en el artículo 1393 del CC, si bien tal efecto no se produciría cuando la extinción tenga carácter convencional, es decir, por modificación capitular del régimen económico-matrimonial.

2. EL PROBLEMA DE SU INCLUSIÓN EN LA PROPUESTA DE LIQUIDACIÓN

A pesar de la dicción literal del artículo 810.2 de la LEC que sólo prevé que la propuesta de liquidación incluya el pago de las indemnizaciones y reintegros

(83) GARCÍA URBANO, “Comentario a los artículos 1400, 1405, 1406, 1407 y 1408 del CC...” cit., pg. 795. Si aún está por vencer el crédito —señala con razón este autor— no cabe al cónyuge acreedor más que, como acreedor, no como cónyuge, vigilar el procedimiento de liquidación.

(84) “Comentario a los artículos 1399 a 1408 del CC...” cit., pg. 1.800. En el mismo sentido BELTRÁN DE HEREDIA, *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, cit., pg. 314.

(85) *Código Civil...*, cit., pg. 1032.

(86) *Elementos de Derecho Civil IV...*, cit., pg. 267.

debidos a cada cónyuge y la división del remanente en la proporción que corresponda, teniendo en cuenta, en la formación de los lotes, las preferencias que establezcan las normas civiles aplicables, es decir, los conceptos mencionados en el artículo 1403 del CC pero no las deudas personales y su abono a que se refiere el artículo 1405 del CC, cabría mantener que el cónyuge que presenta la propuesta de liquidación podrá incluir una previsión de adjudicación de bienes gananciales para el pago del crédito o créditos que ostente contra su consorte, pues el artículo 810.2 de la LEC en modo alguno es excluyente de otros conceptos, como lo demuestra que ni siquiera exige expresamente que se incluya el pago de las deudas societarias con terceros previsto en los artículos 1399, 1400 y 1401 del CC⁽⁸⁷⁾. Pero frente a tal inclusión el pretendido cónyuge deudor puede oponerse en la comparecencia, de manera que, ante la falta de acuerdo, será el contador quien tenga que pronunciarse sobre tal extremo, lo que no tendrá especial dificultad si lo que se discute es sobre la estricta adjudicación de bienes para pago del crédito personal o cumplimiento voluntario, pero sí será más complejo cuando el objeto de discusión sea la propia existencia de la deuda o su cuantía pues tengamos en cuenta que, hasta este momento procesal, es probable que tal cuestión no haya sido discutida anteriormente.

En efecto, en la fase previa de formación de inventario de los artículos 808 y 809 de la LEC sólo corresponde incluir en el pasivo los conceptos del artículo 1398 del CC, es decir, las deudas de la sociedad y las indemnizaciones y reintegros a los cónyuges, pero no los créditos personales que un cónyuge pueda

(87) Niega expresamente tal posibilidad, en una interpretación ciertamente rigurosa del artículo 1405 del CC, la SAP Vizcaya, Sección 4.^a, de 14 de diciembre de 2001 (Base de Datos de Derecho de Familia), al afirmar que “la última petición de la parte recurrente, articulada, también de forma subsidiaria, y por la que se interesa la declaración “de que procede la inclusión dentro de las operaciones particionales del crédito que ostenta la esposa frente al esposo derivado de las cuantías no abonadas en concepto de pensión compensatoria”, no puede correr mejor suerte que las precedentes. El artículo 1405 del CC, en el que se ampara la pretensión, no es una norma de liquidación, sino de división y adjudicación: ya que las diferencias existentes entre los cónyuges en este sentido no derivan directa ni indirectamente de sus relaciones con el patrimonio común o de aquellas que hayan desenvuelto a través del mismo, por referirse el precepto a una relación personal, como dice el propio texto legal, pudiendo exigir el cónyuge acreedor que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente. No se entiende pues, por tanto, qué pretende la recurrente cuando interesa la inclusión dentro de las operaciones particionales del crédito al que se refiere, pues, como resulta obvio, la norma contenida en el artículo 1405 del CC el único derecho que le confiere es el de exigir, si resulta verdaderamente acreedora del otro cónyuge, que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes, y salvo que el deudor pague voluntariamente, no el de incluir en las operaciones particionales el crédito en cuestión, pues, se insiste una vez más, la norma de que se trata no es de liquidación sino pura y simplemente de división”.

ostentar contra el otro. Por eso precisamente constituye doctrina jurisprudencial, como se vio anteriormente, la negativa a incluir como pasivo de la sociedad conyugal la deuda que un consorte tenga frente al otro por alimentos o pensiones impagadas, por no tratarse de una deuda ganancial sino personal. Desde esta perspectiva, las deudas personales sólo aparecerán en la propuesta de liquidación en el trámite del artículo 810 de la LEC, con el inconveniente, además, de que si bien en el artículo 808.2 de la LEC al cónyuge que solicita la formación de inventario se le exige una propuesta respaldada por los documentos que justifiquen la inclusión de las diferentes partidas, en el artículo 810.2 de la LEC nada se dice sobre este requisito, de manera que sin tal documentación la falta de acuerdo en la comparecencia parece inevitable.

Tal parece el régimen procesal que en relación con el artículo 1405 del CC se deriva de los artículos 808, 809 y 810 de la LEC. No obstante, a mi modo de ver, quizá tampoco exista una razón procesal convincente para negar la posibilidad de que la determinación de la existencia de la deuda entre cónyuges y su cuantía pueda incluirse en la propuesta de formación de inventario (acompañando la correspondiente documentación si existe) y resolverse en el trámite verbal del artículo 809.2 de la LEC, nunca como una pretensión de inclusión del crédito como pasivo de la sociedad del artículo 1398.1, ni siquiera en el número 3, sino mero reconocimiento de la existencia del crédito y su importe a los efectos del artículo 1405 del CC, enmarcándolos en el concepto de “partida” del inventario sobre la que surge controversia. Planteada en estos términos la pretensión en el ámbito del artículo 809 de la LEC, la remisión al cónyuge al trámite de liquidación del artículo 810 de la LEC para resolverla sería una interpretación procesal ciertamente rigurosa y probablemente excesiva⁽⁸⁸⁾. Si en el trámite de liquidación tal pretensión se planteara, considerarla extemporánea por estimar que tenía que haberse solicitado en tiempo de formación de inventario, en mi opinión, sería erróneo.

3. FORMA DE PAGO

El artículo 1405 del CC no realiza ninguna distinción entre las deudas personales de los cónyuges por razón de la prestación por lo que, aunque implícitamente parece estar refiriéndose a deudas pecuniarias, tampoco excluye las obligaciones de dar o de hacer, que siempre pueden ser cumplidas *in natura* por el cónyuge deudor —o reservarse el cónyuge acreedor para una posterior recla-

(88) *Vid.* SAP Almería, Sección 1.ª, de 4 de abril de 2003 (LA LEY IURIS 1401743/2003), que aunque resuelve un recurso dentro del procedimiento de liquidación conforme a la LEC derogada, afirma que la deuda por impago de cantidades fijadas en medidas no puede ser incluida como activo de la sociedad de gananciales, pero se pronuncia sobre su existencia y cuantía.

mación sin incluirlo en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales—, pero si no lo hace voluntariamente, parece que el relativo automatismo del artículo 1405 del CC sólo comprendería la satisfacción del crédito, no posibles indemnizaciones de daños y perjuicios *ex* artículos 1101 y 124 del CC, acrecentándose los problemas señalados de cómo determinar la cuantificación económica de una prestación de dar o hacer en fase de liquidación de la sociedad de gananciales del artículo 810 de la LEC.

Por último, el artículo 1405 del CC permite exigir al cónyuge acreedor personal del otro la satisfacción de su crédito mediante la adjudicación de bienes comunes —lo que constituye claramente una dación en pago con efectos extintivos, por lo que la redacción es más clara que la del artículo 1400 del CC—, que también puede ser simplemente dinero, aunque, como señala GARCÍA URBANO⁽⁸⁹⁾, el derecho del cónyuge no se extiende a señalar los bienes específicos que hayan de adjudicársele, por lo que la elección deberá de realizarse de común acuerdo, y en su defecto habrá de decidirlo el contador. Por otra parte, el derecho conferido por el artículo 1405 del CC es a la adjudicación de bienes comunes pero no, obviamente, de bienes privativos del deudor pues ello constituiría sin más un supuesto de dación en pago no contemplado en la norma ya de por sí excepcional, dación en pago para la que, aparte del consentimiento del acreedor también se requiere el del deudor, todo ello sin perjuicio de que los cónyuges, voluntariamente, acuerden tal forma de satisfacción y lo incluyan en el procedimiento de liquidación [*vid.* RDGRN de 9 de junio de 2001 (RJ 2002, 7709)].

VI. ADJUDICACIONES DE BIENES

1. LOS CRITERIOS GENERALES DEL ARTÍCULO 1061 DEL CC

Según el artículo 1404 del CC, hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos, división que, en principio, deberá concluir, poniéndose término a la situación de cotitularidad posganancial existente hasta ese momento, mediante la adjudicación a cada cónyuge de bienes en pago de su participación o cuota en el haber neto ganancial, que si bien será en casi todas las ocasiones por mitad —y así lo recogen los artículos 1344 y 1404 del CC— no hay que excluir la posibilidad de que los cónyuges, al amparo del principio de

⁽⁸⁹⁾ “Comentario a los artículos 1400, 1405, 1406, 1407 y 1408 del CC...” cit., pg. 796.

autonomía de la voluntad recogido en el artículo 1325 del CC, hayan pactado en capitulaciones matrimoniales otra participación distinta⁽⁹⁰⁾.

Para la adjudicación de bienes en pago del haber de cada cónyuge, dada la ausencia de una regulación específica dentro del régimen de gananciales salvo los derechos de adjudicación preferente del artículo 1406 del CC, la regla general que se deriva del artículo 1410 del CC es la aplicación de las normas de la partición de herencia, lo que supone la observancia del principio de igualdad o de proporcionalidad en la formación de los cupos, y si bien en cuanto a estos aspectos cabe apreciar una menor conflictividad judicial tampoco faltan impugnaciones contra el cuaderno del contador a pesar del amplio margen que para las adjudicaciones deriva la jurisprudencia de la interpretación del artículo 1061 del CC.

En efecto, en la liquidación de la sociedad de gananciales, tanto en la propuesta aportada por el cónyuge como en las adjudicaciones realizadas por el contador, se ha de respetar, en principio, lo dispuesto en el artículo 1061 del CC, con distribución de los bienes entre los cónyuges guardando la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de ellos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie, norma respecto de la cual la STS de 15 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2654) afirmaba expresamente lo siguiente:

“La jurisprudencia viene entendiendo, respecto al principio de igualdad cuantitativa a que alude el precepto, tomando en cuenta que habla de la «posible igualdad» y las excepciones que contempla el artículo siguiente, que el artículo 1061 del CC tiene un carácter más bien facultativo que imperativo, cual se contempla en las SSTS de 16 de junio de 1902, 30 de enero de 1951, 13 de junio de 1970, 8 de febrero de 1974, 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980, 17 de junio de 1981 o 21 de junio de 1986, citando esta última alguna de las anteriores, y el tenor literal del precepto al hablar de la «posible igualdad», antes aludida; y la más reciente de 7 de enero de 1991 (RJ 1991, 110), que claramente establece que el artículo 1061 del CC tiene más bien carácter facultativo y orientativo que de imperativa observancia.”

Tal criterio legal se sigue manteniendo en las SSTS de 6 de octubre de 2000 (RJ 2000, 7543) y 23 de junio de 1998 (RJ 1998, 4745), que recuerdan que constituye doctrina reiterada que la norma contenida en el artículo 1061 del CC tiene el carácter de recomendación subordinada a la posibilidad de cumplirla o su carácter más bien facultativo y orientativo que de imperativa observancia.

(90) Para DE LOS MOZOS, “Comentario a los artículos 1314 a 1410 del CC...” cit., pg. 639, dicho pacto estaría sometido al límite que se deriva del artículo 1691 del CC.

Ahora bien, tal interpretación del artículo 1061 del CC no implica absoluta libertad del contador para realizar los lotes y adjudicaciones sin sujeción a ninguna regla o de manera aleatoria y no equitativa [SAP de Teruel, de 21 de febrero de 2003 (LA LEY JURIS 1351743/2003)]. Por otra parte, en relación con lo ya comentado respecto de la valoración de bienes con referencia a la fecha de liquidación y los importantes desequilibrios cuantitativos que pueden producir respecto de las potencialidades revalorizaciones de los bienes inmuebles, especialmente de naturaleza urbana, mientras que otros están abocados a su depreciación, quizá sea oportuno volver a una interpretación restrictiva del precepto manteniendo la igualdad cualitativa de los lotes, lo que en muchas ocasiones solamente se puede solucionar a través de la enajenación de los bienes o de adjudicaciones pro indiviso a las que se pondrá término de acuerdo con el artículo 404 del CC [*vid.* teniendo en cuenta el problema señalado la SAP de Teruel, de 5 de diciembre de 2001 (SP/SENT/34807)].

2. ADJUDICACIÓN EN TITULARIDAD EXCLUSIVA O EN PRO INDIVISO ORDINARIO

Ahora bien, cabe la duda de si en la propuesta de liquidación realizada por un cónyuge o por el contador partidor es posible adjudicar el inmueble indivisible, normalmente la vivienda familiar aunque no siempre, ante la carencia de otros bienes, pro indiviso a ambos cónyuges o si, necesariamente, ante la oposición de uno de ellos, ha de proponerse que el bien se le adjudique a uno compensando económicamente al otro, lo cual también presenta algún problema sobre la admisibilidad de esta solución a la vista de los artículos 1062 y 404 del CC, o se proceda a su enajenación con reparto del dinero.

Es cierto que no deja de ser frecuente en la práctica que respecto de la vivienda familiar, especialmente cuando se trata del único bien económicamente relevante de la sociedad de gananciales, se contemple su adjudicación pro indiviso ordinario a ambos cónyuges⁽⁹¹⁾, propuesta que puede ser aceptada o no

⁽⁹¹⁾ Tal práctica normalmente no es discutida por la doctrina, que admite múltiples opciones en las adjudicaciones definitivas, entre ellas el mantenimiento de una situación de copropiedad ordinaria entre los cónyuges. Así LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil VI...*, cit., pg. 253. Por su parte, para O'CALLAGHAN, la disolución y subsiguiente liquidación de la sociedad de gananciales no significa necesariamente que se haga una partición o división material de todo el patrimonio ganancial. Puede darse, y se da con frecuencia, que los bienes (todos o parte) que formaban la sociedad de gananciales, al disolverse y liquidarse, continúen como cotitularidad romana o pro indiviso (*Compendio de Derecho Civil*, T. IV, Derecho de Familia, 5.ª ed., Edersa, Madrid, 2001, pg. 176). Sin embargo, a mi modo de ver, poco proceso divisorio es pasar de una comunidad posganancial a una

por el otro cónyuge en la comparecencia prevista en el artículo 810.3 de la LEC, dando paso, en caso de oposición, al contador partidor (art. 810.5 de la LEC) quien, según el artículo 786.1 de la LEC “procurará, en todo caso, evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas”. Tal norma es similar a la contenida en el artículo 1078 de la derogada LEC que también establecía que el contador partidor dirimente debía de realizar la partición “procurando evitar la indivisión”, interpretándose que tal resultado no era imperativo sino tan sólo deseable, de manera que a la vista de las circunstancias del caso concreto era posible que se dejara algún bien en indivisión adjudicándose en comunidad ordinaria, doctrina que, a mi modo de ver, continúa siendo de aplicación pues si bien cierto que el artículo 786.1 de la LEC está redactado en términos más contundentes —“procurará, en todo caso...” frente a “procurando...”— sigue sin excluir la posibilidad de adjudicación en pro indiviso.

Ahora bien, tal posibilidad no puede considerarse sin más como una solución natural a los supuestos en que el único bien de la sociedad conyugal, o el más relevante económicamente, sea la vivienda familiar, es decir, atribuir el inmueble a ambos cónyuges, creando una situación de proindivisión que siempre dejaría para el futuro el planteamiento de una acción divisoria, pues el principio básico sobre el que ha de moverse un procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales —y que claramente se contiene en el artículo 1404 del CC al decir que el haber de la sociedad de gananciales “se dividirá”— como acertadamente afirma la SAP de A Coruña, Sección 1.^a, de 29 de enero de 2002 (SP/SENT/35786)⁽⁹²⁾, es precisamente liquidar la sociedad lo que implica reali-

comunidad ordinaria, ello sin ignorar su distinto régimen jurídico. Si ello se acuerda voluntariamente nada se puede objetar, pero no que pueda imponerse dentro de un proceso judicial de división por el mero hecho de su indivisibilidad. Sobre la problemática que genera el derecho de uso de la vivienda familiar en la liquidación de la sociedad de gananciales puede verse SEOANE SPIEGELBERG, “Asignación de la vivienda familiar en procesos matrimoniales con hijos y liquidación de la sociedad de gananciales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pgs. 257 y sigs.

(92) “El apelante muestra su disconformidad —dice la sentencia— con la solución de atribuir dicha casa a ambos cónyuges por mitades, creando una situación de proindivisión, y dejando pendiente para el futuro el planteamiento de una acción divisoria que resuelva el problema. En este punto ha de darse nuevamente la razón al apelante, pues en un procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, de lo que se trata obviamente es de liquidar dicha sociedad, lo cual lleva de suyo el realizar concretas adjudicaciones de bienes a cada uno de sus miembros. No cabe duda de que, en la mayoría de casos, y éste no es una excepción, el bien más valioso es precisamente la vivienda familiar, no pareciendo lógico que reste indiviso. Cosa distinta es la atribución que se haga del uso de la misma, la cual puede responder a situaciones tutelares determinadas que induzcan a atribuir su uso a quien, a la postre, no resulte propietario de aquélla.”

zar concretas atribuciones de los bienes a cada uno de los cónyuges. En mi opinión, carece de justificación jurídica adoptar como criterio general el de atribuir pro indiviso a ambos cónyuges la vivienda con la finalidad de concluir los aspectos que se refieren a la liquidación de la sociedad de gananciales⁽⁹³⁾, terminando pues la competencia del Juzgado de Primera Instancia que dictó la sentencia de separación o divorcio y en el que se tramitó la liquidación del régimen económico (art. 807 de la LEC), que normalmente será el del último domicilio conyugal (art. 769 de la LEC), para a continuación forzar a los cónyuges a plantear una acción de división de comunidad ordinaria (art. 400 del CC) —afirmando expresamente alguna resolución, como la SAP de Madrid, Sección 10.^a, de 29 de junio de 2002 (LA LEY JURIS 1224576/2002), que ése y no otro es precisamente el procedimiento a seguir—, en que la competencia ya correspondería al Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se encuentre el inmueble (art. 52.1.1.^o de la LEC), lo que puede llevar a los cónyuges a demarcaciones judiciales lejanas, y por un procedimiento distinto, no ya el de los artículos 806 y siguientes de la LEC sino el que corresponda en razón de su cuantía, generalmente el ordinario (art. 249.2 de la LEC).

Es cierto que tal solución permite agilizar el trámite estricto de liquidación de la sociedad de gananciales de los artículos 806 y siguientes de la LEC, que en muchas ocasiones corresponde al Juzgado de Familia sobrecargado de trabajo y en el que la liquidación del régimen económico es a veces muy lenta y premiosa, pero tal argumento fundamentado en la práctica, a mi juicio, carece de base jurídica pues realmente no se puede hablar de división del patrimonio ganancial si como regla general adjudicamos la vivienda a los cónyuges en pro indiviso [*vid.* en este sentido AAP Castellón, Sección 3.^a, de 20 de enero de 2000 (LA LEY JURIS 379636/2000)], sin que tampoco quepa decir, como en

(93) A mi juicio resulta sorprendente que en alguna resolución judicial expresamente se afirme que la finalidad del procedimiento de liquidación no sea concluir con la división de los bienes. Así lo realiza la SAP Ciudad Real, Sección 1.^a, de 26 de febrero de 1996 (AC 1996, 26), trayendo a colación la doctrina de la STS de 1 julio 1991 (RJ 1991, 5314), de que no son necesarias especiales operaciones liquidatorias cuando no hay más bienes que la vivienda familiar. Pero es que aun cuando es cierto que la acción de división de cosa común recogida en el artículo 400 del CC es distinta a la acción (o solicitud en los términos del art. 808 de la LEC) de liquidación de la sociedad de gananciales, y si bien también es cierto que efectivamente en ocasiones se ha admitido la acción de división como cauce procesal sin necesidad de acudir a un complejo procedimiento de inventario y avalúo —SSTS de 12 de abril de 2000 (RJ 2000, 1827) y 10 de julio de 1995 (RJ 1995, 5557), en doctrina seguida por SAP Vizcaya, Sección 5.^a, de 25 de mayo de 2003 (AC 2003, 916), SAP A Coruña, Sección 3.^a, de 20 de octubre de 2000 (JUR 2000, 143800), SAP Asturias, de 21 de abril de 1998 (AC 1998, 4476)—, no lo es menos que ello fue para desestimar la oposición basada en la inadecuación de procedimiento, no para justificar que la liquidación de la sociedad de gananciales estaba concluida (y siempre bien concluida) desde el momento en que se adjudicaba a ambos cónyuges pro indiviso la vivienda familiar.

muchas ocasiones se realiza, que con la adjudicación en pro indiviso se permite la posibilidad de un acuerdo posterior de los cónyuges sobre la división de la cosa común o, en su caso, ejercitar la acción de división, pues es lo cierto que el desacuerdo de los cónyuges ya es patente si contra la voluntad de uno de ellos se impone la comunidad pro indiviso, al no haberlo aceptado en la comparecencia del artículo 810 de la LEC o haber formulado oposición al cuaderno del contador (art. 787.1 de la LEC), y vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva el remitirlo a un nuevo procedimiento para obtener lo que ya debería conseguir en el procedimiento de liquidación, que no es otra cosa que poner término a la comunidad.

Por ello la atribución pro indiviso de un bien, en caso de oposición de uno de los cónyuges, en mi opinión, solamente puede realizarse de manera claramente excepcional y motivada en el cuaderno particional, lo cual no implica que haya de admitirse por el hecho de que se trate de la vivienda familiar como único bien cuyo valor absorbe la casi totalidad del haber neto ganancial, salvo, como se indica a continuación, que sobre él recaiga un derecho de uso derivado de los pronunciamientos de la sentencia de separación o divorcio en cuyo supuesto la adjudicación pro indiviso puede estar justificada. En otro caso, a mi juicio, la indivisión tiene que ser ya resuelta dentro del procedimiento específico de liquidación de la sociedad de gananciales en los términos del artículo 1062 del CC y la interpretación que del mismo se pueda realizar; es decir, como se estudia posteriormente, o enajenación en pública subasta si uno de los cónyuges lo pide —que salvo error u omisión lo hará desde el momento en que se opone a la adjudicación pro indiviso— o adjudicación a uno de ellos compensando económicamente al otro, solución que no por discutible es imposible legalmente.

3 ADJUDICACIÓN PRO INDIVISO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: EL DERECHO DE USO Y ACCIÓN DE DIVISIÓN

Cuando se adjudique pro indiviso la vivienda familiar atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso concreto y no como solución legal general, el problema se traslada a la pregunta de si cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la acción de división conforme a lo establecido en el artículo 400 del CC o si el derecho de uso atribuido ha de prevalecer sobre el derecho de pedir la división de la cosa común en cualquier momento. Cabe afirmar que la doctrina jurisprudencial mayoritaria sostiene que la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges o hijos es perfectamente compatible y no impide la cesación de la comunidad a través del ejercicio de la acción de división, eso sí, debiendo el tercer adquirente respetar el derecho de uso atribuido judicial-

mente dentro del proceso matrimonial⁽⁹⁴⁾, pero tal interpretación no es unánime.

No parece seguir exactamente la misma doctrina la STS de 19 de junio de 2000 (RJ 2000, 5290), que entiende que nos encontramos ante el supuesto del artículo 401 del CC en su interpretación estricta de que no es posible la acción de división⁽⁹⁵⁾, y claramente en contra de la posibilidad de ejercicio de la acción de división mientras no concluya el derecho de uso atribuido de mutuo acuerdo por los cónyuges en el convenio regulador, se pronuncia la STS de 3 de mayo de 1999 (RJ 1999, 3428). En la sentencia de la Audiencia se había resuelto que la liquidación definitiva de la sociedad de gananciales se haría con venta en pública subasta, y admisión de licitadores extraños, de la vivienda que pro indiviso se adjudica a los interesados, repartiendo por igual su importe. Frente a ello el Tribunal Supremo considera que:

“Partiendo del supuesto de que el referido convenio regulador, pactado de mutuo acuerdo entre ambos cónyuges, fue aprobado íntegramente, no sólo por la sentencia de separación matrimonial, sino también, posteriormente, por la que decretó el divorcio de ambos cónyuges, y teniendo en cuenta, por otro lado, que dicho convenio regulador, en el que se atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar (véase su estipulación quinta, que ha sido transcrita literalmente en el apartado 1.º del fundamento jurídico primero de esta resolución), continúa plenamente vigente, pues no ha sido modificado por mutuo acuerdo entre los cónyuges (hoy divorciados), ni por resolución judicial firme, que inexcusablemente ha de ser dictada en el proceso en que se decretó el divorcio, careciendo de idoneidad procesal para ello el proceso al que este recurso se refiere (que únicamente tiene por

(94) SSTs de 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 9493), 16 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9144), 14 de julio de 1994 (RJ 1994, 6439), 22 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10684) y 22 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6852).

(95) “A falta de convenio, el juzgador ha de examinar si la cosa es divisible o indivisible, entendiéndose que se da esta hipótesis no sólo cuando no sea divisible desde la perspectiva material (según criterios económicos y sociales), sino también cuando desmezca mucho por la división, en cuyo supuesto se comprende la inservibilidad, de conformidad con lo establecido en los artículos 404, 406 y 1062 del CC, quedando excluido de tal invocación el artículo 401, el cual, según la doctrina dominante, parece referirse al supuesto en que no cabe la *actio communi dividundo* porque concurren dos presupuestos: la inservibilidad para el uso a que se le destina y la imposibilidad de que pueda tener lugar la venta pública”. Sigue la doctrina de esta sentencia la SAP Madrid, Sección 25.ª, de 5 de abril de 2001 (JUR 2001, 187236). No obstante, debe tenerse en cuenta que el supuesto resuelto nada tenía ver con el uso de la vivienda familiar.

objeto la liquidación de la sociedad de gananciales), es evidente que el pronunciamiento de la sentencia aquí recurrida, en el que acuerda la venta en pública subasta, con admisión de licitadores extraños, de la referida vivienda familiar, no es ajustado a Derecho.”

Tal doctrina, aun siendo minoritaria, aparentemente no carece de un cierto fundamento jurídico pues si bien la solución puede ser distinta cuando el uso se atribuyó por el juez o tribunal, cuando se basa en el libre consentimiento de las partes habrá de estarse a la interpretación de tal convenio, que normalmente no será otra que garantizar la permanencia del cónyuge y los hijos en lo que constituyó el hogar conyugal, de manera que tal finalidad, contraviniendo incluso los propios actos, puede que no se vea satisfecha si se procede a la división de la cosa común. Pues aunque el derecho de uso será oponible frente a tercero y cualquier adquirente —en la subasta pueden participar licitadores extraños— tendrá que respetarlo, aun cuando no se trate estrictamente de una carga o gravamen, sí es cierto que, como afirma la SAP de Zaragoza, Sección 5.^a, de 20 de febrero de 2003 (SP/SENT/42894), supone un desvalor importante en una eventual subasta⁽⁹⁶⁾. Nótese que en la argumentación anterior no se recurre a la figura del abuso de derecho para negar el ejercicio de la acción de división que detentaría el cónyuge⁽⁹⁷⁾, sino que simplemente no detentaría ese derecho (pacto implícito de conservar la cosa indivisa durante plazo determinado —dura-

(96) *Vid.* igualmente SAP Madrid, Sección 10.^a, de 29 de junio de 2002 (SP/SENT/39175) negando la acción de división cuando el uso de la vivienda se adjudicó a la hija en el convenio regulador, y la SAP Alicante, Sección 7.^a, de 4 de marzo de 2003 (JUR 2003, 136097).

(97) Realmente el ejercicio de la acción de división no está excluido de la aplicación del principio de buena fe (art. 7.1 del CC) y de la interdicción del abuso de derecho (art. 7.2 del CC). *Vid.*, por todos, CRESPO ALLUE, *La división de la comunidad de bienes*, Lex Nova, Valladolid, 1993, pgs. 92 y sigs. y MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentario al artículo 400 del CC”, *Comentario del Código Civil*, T. I., Ministerio de Justicia, Madrid 1991, pg. 1.103. Sin embargo, la jurisprudencia en este extremo es contundente: salvo pacto en contrario, el derecho a pedir la división es absoluto, de manera que no se admite infracción del artículo 7 del CC y siempre se debe acceder a la división. *Vid.* STS de 9 de octubre de 1986 (RJ 1986, 5505) y el comentario de MIQUEL GONZÁLEZ, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 12, septiembre-diciembre 1986, pgs. 4.063 y sigs.; SSTs de 5 de junio de 1989 (RJ 1989, 4295), 23 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10688), 4 de abril y 6 de junio de 1997 (RJ 1997, 2637 y 4612), 8 de marzo y 27 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 1404 y 9493). Sobre el problema específico de la aplicación de la teoría del abuso de derecho en la acción de división sobre la vivienda ganancial, rechazando su existencia con amplia argumentación puede verse SAP La Rioja, de 14 de marzo de 1992 (AC 1992, 419).

ción del derecho de uso— con el límite de 10 años del art. 400 del CC)⁽⁹⁸⁾ o sería contrario a la doctrina de los propios actos.

Sin embargo, tales argumentos se pueden considerar desde otra perspectiva, como la señalada por la STS de 10 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7892) al analizar el motivo de casación que tenía como base:

“El dato derivado de la contradicción existente entre el convenio regulador suscrito por ambos cónyuges (hoy recurrente la esposa y recurrido el marido) y ratificado en el procedimiento de separación y el cuaderno particional redactado por el contador-dirimente y que fue aprobado y validado por la sentencia hoy recurrida, referida a la disolución de la sociedad legal de gananciales. El núcleo de dicha discordancia está constituido por la vivienda familiar del matrimonio, ya que la misma en dicho convenio regulador era entregada en uso a la esposa, hoy recurrente, y en el cuaderno particional se adjudicaba por mitad a los integrantes del matrimonio disuelto.

Pues bien este motivo debe ser desestimado. Se dice lo anterior porque en la sentencia recurrida no hay infracción de norma alguna ni de jurisprudencia aplicable a la misma. Y ello por la simple razón de que no es posible establecer la concatenación lógica que pretende la parte recurrente, entre el convenio regulador del proceso de separación matrimonial y el cuaderno particional aprobado en el juicio de disolución de la sociedad de gananciales. Y es imposible tal interrelación, porque una cosa son las medidas de tipo patrimonial derivadas de un proceso de separación matrimonial que establece, siguiendo un convenio regulador, el uso exclusivo de la vivienda familiar a uno de los cónyuges, medida susceptible de modificación judi-

(98) *Vid.* MURCIA QUINTANA, “La división de la vivienda familiar dejada en copropiedad tras la liquidación de la sociedad de gananciales de un matrimonio divorciado (Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1988)”. *ADC*, XLII, 1989, julio-septiembre, pg. 1.058, quien sostiene, no sin algo de razón, que incluso en el estricto ámbito de la liquidación, el cónyuge que permite la adjudicación en pro indiviso sin solicitar dentro del propio procedimiento la enajenación en pública subasta de alguna manera está admitiendo tácitamente que después no solicitará la división. Sin embargo, añadido yo, hay que tener en cuenta que muchas sentencias consideran que la sociedad de gananciales ya queda liquidada con la adjudicación pro indiviso, con implícita remisión al declarativo para el ejercicio de la acción de división, de manera que no aceptan que en el propio procedimiento de liquidación se efectúe la enajenación. Lo que no tiene ninguna duda es de que el cónyuge no tiene derecho a pedir la división si expresamente en el convenio regulador se ha establecido el pacto de indivisión que, a falta de especificación de su duración, la SAP Cáceres, Sección 2.ª, de 22 de enero de 1996 (AC 1996, 159), extiende a los 10 años del artículo 400 del CC, conclusión, a mi modo de ver, correcta, pero que ha de relacionarse con el mantenimiento del derecho de uso durante ese tiempo, siempre que de la interpretación del convenio pueda deducirse la vinculación entre el pacto de indivisión y la atribución de aquél.

cial si se comprueban causas suficientes, y que además al favorecido por el uso no se le permite disponer de la misma unilateralmente, ni para enajenarla ni para la constitución de derechos reales; y otra cosa, proceder a la liquidación de la sociedad de gananciales, uno de cuyos bienes constitutivos es la vivienda en cuestión, que forma parte de una comunidad de tipo germánico en la que cada uno de los bienes no está atribuido individualmente por cuotas a uno u otro cónyuge, sin que a estos bienes en ese sentido les afecte para ello, a quien tenga atribuido su uso en aquel momento.

O sea, para resumir, que la operación particional no se puede estimar como operación que tiene su origen en el negocio jurídico ínsito en un convenio regulador ratificado judicialmente, y que del mismo no se derivan obligaciones contractuales que repercutan en dicha operación particional, lo cual no puede aplicarse, como pretende la parte recurrente, la teoría obligacional de los actos propios. En una palabra que no ha habido infracción de los artículos 96, 1255, 1256 y 1258 del CC que proclaman la ley de la voluntad contractual, ni se ha atacado al principio plasmado jurisprudencialmente de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos.”

Así pues, no solamente no existiría imposibilidad de plantear la acción de división por no estar vinculado el cónyuge por la doctrina de los propios actos al haber aceptado la atribución del uso de la vivienda en el convenio regulador, sino que, como se verá, tampoco podría oponérsele un derecho de adjudicación preferente basado en esa atribución.

4. POSIBILIDAD DE ADJUDICAR BIENES A UN CÓNYUGE CON ABONO AL OTRO DE LA DIFERENCIA CON DINERO PROPIO

Que el artículo 1061 del CC no se considere de necesaria observancia permite, según las SSTs de 3 de enero de 1990 (RJ 1990, 31) y 14 de junio de 1993 (RJ 1993, 4832), que en el cuaderno particional realizado por el contador se pueda adjudicar la vivienda conyugal a uno solo de los cónyuges, estableciendo una compensación económica al otro, lo cual supone también una interpretación correctora del artículo 1062 del CC pues aparte de comprender el supuesto de que a un cónyuge se le adjudique en exclusiva el inmueble y al otro se le adjudiquen otros bienes gananciales o dinero de tal naturaleza existente en el activo neto, cuya admisibilidad como se ha dicho no parece ofrecer mayor duda [*vid.* SSTs de 15 de marzo y 8 de julio de 1995 (RJ 1995, 2654 y 5552) y AAP de Castellón, Sección 3.ª, de 20 de enero de 2000 (LA LEY JURIS 379636/2000)], dado que no nos encontraríamos ante el supuesto de indivisibilidad recogido en el artículo 1062 del CC que es el único que permite instar y acceder a la enajenación en pública subasta al no ser posible la división material [*vid.* SAP de Jaén, Sección 1.ª, de 21 de enero de 1999 (AC 1999, 2710)],

también comprende la compensación o indemnización económica con dinero propio del cónyuge al que se adjudica la vivienda.

Podría pensarse que tal excepción al artículo 1062 del CC sólo puede darse si se trata de la vivienda familiar cuyo uso ha sido atribuido a uno de los cónyuges. No obstante, ha de decirse cómo la STS de 29 de enero de 2000 (RJ 2000, 247) rechaza el recurso de casación contra la sentencia que había atribuido el negocio ganancial a un cónyuge con compensación al otro dado que:

“La sentencia sostiene que se sigue esta posición, en atención a que si se optase por la vía de la subasta pública, tal procedimiento puede ser causa de un considerable desmerecimiento de los bienes comunes, como lo es también sin duda alguna la división material, invocando además al respecto, la resolución recurrida, la buena fe y la equidad, y teniendo en cuenta que, ninguno de los litigantes ha pedido la venta de los bienes con intervención de licitadores extraños, lo que implica, aunque ciertamente se ha olvidado de transcribir en la sentencia recurrida, el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 400, 404 y 406 del Código civil en relación con lo dispuesto en los artículos 821 y 1062 del mismo Código, disposiciones legales que no han sido denunciadas como violadas.”

Nótese, sin embargo, que en el caso resuelto por esta sentencia ninguno de los litigantes había pedido la venta de los bienes con intervención de licitadores extraños por lo que no se incumple el artículo 1062 del CC ya que sin tal solicitud se aplica sin problemas el párrafo 1.º del precepto [*vid.* SAP de Asturias, Sección 5.ª, de 9 de junio de 2000 (JUR 2000, 181460)]. Pero la adjudicación del inmueble en exclusiva a uno de los cónyuges estableciendo una compensación económica a su cargo a favor del otro cuando es el único bien y no se le pueden adjudicar otros bienes gananciales, supone una más que aparente vulneración de los artículos 1062 y 404 del CC de los que se desprende que si no hay acuerdo entre los cónyuges para que se adjudique a uno indemnizando al otro, basta que uno pida su venta en pública subasta “para que así se haga”⁽⁹⁹⁾. En este sentido puede recordarse la sencilla pero correcta argumentación —salvo que se

⁽⁹⁹⁾ Puede verse la sencilla pero correcta argumentación —salvo que se plantee el problema del abuso de derecho— de la STS de 16 de febrero de 1998 (RJ 1998, 868) afirmando que: “la igualdad cualitativa que, para toda partición de herencia, establece el artículo 1061 del CC (aplicable a la liquidación de una sociedad de gananciales, por la remisión que hace el artículo 1410 de dicho Cuerpo legal) ha de entenderse siempre sobre la base de que dicha igualdad «sea posible», como el propio precepto proclama, posibilidad que, indudablemente, no concurre cuando, en el patrimonio partible, solamente exista un bien de naturaleza inmueble y éste, además, sea indivisible o desmerezca mucho por su división, pues en dichos supuestos el precepto aplicable es el artículo 1062 del mismo Código, con arreglo al cual el referido bien inmueble podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, si ninguno de ellos ha pedido su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños”.

plantee el problema del abuso de derecho— de la STS de 16 de febrero de 1998 (RJ 1998, 868) afirmando que:

“La igualdad cualitativa que, para toda partición de herencia, establece el artículo 1061 del CC (aplicable a la liquidación de una sociedad de gananciales, por la remisión que hace el artículo 1410 de dicho Cuerpo legal) ha de entenderse siempre sobre la base de que dicha igualdad «sea posible», como el propio precepto proclama, posibilidad que, indudablemente, no concurre cuando, en el patrimonio partible, solamente exista un bien de naturaleza inmueble y éste, además, sea indivisible o desmerezca mucho por su división, pues en dichos supuestos el precepto aplicable es el artículo 1062 del mismo Código, con arreglo al cual el referido bien inmueble podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero, si ninguno de ellos ha pedido su venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños.”

En buena técnica jurídica, según mi opinión, contra la voluntad de uno de los cónyuges no es posible en la liquidación de la sociedad de gananciales adjudicar sin más a uno de ellos la titularidad exclusiva compensando al otro con fondos no comunes⁽¹⁰⁰⁾. La citada STS de 14 de junio de 1993 afirma:

“Sin que sea aconsejable aquí la venta en pública subasta dada la sujeción del uso a que constituya vivienda de los hijos y la esposa, por lo que es atinado permitir la adjudicación a la esposa, que puede compensarse con dinero u otros bienes como se ha hecho en la partición.”

Pero el que sea aconsejable o no la venta en pública subasta no parece estar contemplado en el artículo 1062 del CC, que se limita a reconocer el derecho de uno de los cónyuges a poner término a la comunidad de un bien indivisible solicitando su pública subasta, procedimiento que la STS de 27 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10386) considera adecuado dado que las partes están en una posición de igualdad jurídica, pierden las dos su propiedad a favor del adjudicatario que pague el precio, que lo mismo puede ser un tercero como uno de ellos.

Por otra parte, por las razones expuestas sobre la posibilidad de mantener la indivisión, a lo sumo podría adjudicarse pro indiviso a ambos, con posterior

(100) Tal posibilidad no suele ser discutida por la doctrina que la admite con facilidad. Así, SERRANO ALONSO, *La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia...*, cit., pg. 76, entiende que la aplicación del artículo 1062 del CC permite conciliar los intereses del cónyuge adjudicatario del uso de la vivienda como los del otro, mediante la enajenación de la misma y el reparto del valor obtenido en pública subasta, dejando a salvo la posibilidad de quedar el usuario de la vivienda con ella, compensado al otro cónyuge el valor de su mitad.

aplicación del artículo 404 del CC, es decir, enajenación en pública subasta con admisión de licitadores extraños siempre respetando el derecho de uso atribuido en la sentencia de separación o divorcio. Es cierto que probablemente sería deseable que en caso de división de bien indivisible, sea material o económicamente, la posible adjudicación a uno de los condóminos, coherederos o cónyuges indemnizando al otro no dependiera del consentimiento unánime, suprimiendo así el derecho reconocido en el párrafo 2.º del artículo 1062 y en el artículo 404 del CC. Pero la ley le otorga tal derecho de veto y, a mi juicio, sólo se puede limitar a través de los artículos 7.2 del CC, 11.2 de la LOPJ y 247 de la LEC y la teoría del abuso del derecho, figura inicialmente jurisprudencial y posteriormente incluida en el Código Civil, de la LOPJ y de la LEC que permite matizar el ejercicio del derecho reconocido en los artículos 404 y 1062 del CC que provienen de su redacción originaria.

Es decir, aunque la atribución en exclusiva a uno de los cónyuges de la vivienda familiar (u otro inmueble) adjudicando al otro diferentes bienes gananciales, si el contador lo estima pertinente y lo razona, tiene un claro amparo legal en el artículo 1061 del CC, no cabe admitir sin más contra la oposición de uno de los cónyuges que la vivienda familiar se adjudique a uno de ellos compensando al otro con fondos no comunes no accediendo a la petición de enajenación en pública subasta —con respeto del derecho de uso—, salvo que el ejercicio de tal derecho no sea admitido en el caso concreto por incidir en abuso de derecho —ningún beneficio se ocasiona al cónyuge disidente cuando la valoración del inmueble es ajustada a la realidad de mercado y la forma de pago de la compensación es al contado o a corto plazo, sin dilaciones ni inseguridades de futuro cobro—, tesis que no parece que tenga muchos problemas para poder ser asumida pero que, sin embargo, en el ámbito del ejercicio de la acción de división del artículo 400 del CC, tampoco es acogida por la jurisprudencia que sistemáticamente rechaza que incida en abuso de derecho el comunero que se limita a ejercitar su derecho de solicitar la enajenación en pública subasta al no aceptar la adjudicación al otro en exclusiva recibiendo la compensación económica correspondiente.

Tal doctrina, a mi modo de ver, es excesivamente dogmática pues aboca necesariamente a la aplicación literal de los artículos 404 y 1062 del CC⁽¹⁰¹⁾. Sin embargo, el abuso de derecho, aun dentro de su excepcionalidad e incluso apli-

(101) Vid. STS de 1 de marzo de 2001 (RJ 2001, 2561) y el comentario de DÍAZ MARTÍNEZ con detenido tratamiento del problema del abuso de derecho en el ejercicio de la acción de división en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 58, enero-marzo 2002, pgs. 38 y sigs.

cación estricta de los requisitos exigibles para su concurrencia ⁽¹⁰²⁾, es valorable y apreciable en las peticiones no de división de cosa común, en que la posición de la jurisprudencia, como se dijo, es monolítica e inamovible sin fisura alguna, sino de la forma de hacerla, y cabe preguntarse el porqué de que en la liquidación de la sociedad de gananciales en general los tribunales no vean grandes inconvenientes a imponer, sin mayores argumentos jurídicos más que la decisión de autoridad de “parece oportuno o conveniente”, al cónyuge disidente la adjudicación en exclusiva con compensación que sí hallan en la división sin más de la cosa común ⁽¹⁰³⁾.

En todo caso, la aplicación de la doctrina del abuso de derecho no tiene cabida cuando quien se opone a la adjudicación en exclusiva de la vivienda como único bien ganancial es aquél a cuyo favor se pretende realizar y carece de recursos para el pago de la compensación económica, especialmente si tal adjudicación se produce contra la voluntad del cónyuge que detenta el uso en virtud de la sentencia de separación o divorcio [*vid.* SAP de Asturias, Sección 4.ª, de 29 de abril de 1998 (AC 1998, 4472) y SAP de Almería, Sección 1.ª, de 4 de abril de 2003 (LA LEY IURIS 1401743/2003)]. Pero también se presenta muy discutible ante la simple negativa del cónyuge que se opone a pagar en metálico con su patrimonio personal la diferencia. En tal supuesto, parece que sólo queda el recurso a la dicción literal del artículo 1062 del CC de manera que si lo solicita habrá que accederse a la enajenación en pública subasta [*vid.* SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.ª, de 29 de enero de 2000 (AC 2000, 3015)].

⁽¹⁰²⁾ La interpretación restrictiva del artículo 7.2 del CC es resaltada, entre otras, por las SSTs de 6 de febrero de 1999 (RJ 1999, 642) y 15 de febrero de 2000 (RJ 2000, 677).

⁽¹⁰³⁾ Según la STS de 28 de noviembre de 1992 (RJ 1992, 9453), la concreta manera de poner fin a la comunidad ante la falta de acuerdo de las partes depende de la naturaleza divisible o indivisible de la cosa común, no de la voluntad del comunero [o cónyuge] que trata de poner fin a la indivisión. De todas maneras, el criterio de adjudicar la vivienda familiar indivisible a un cónyuge siendo el único bien común con compensación económica al otro con dinero no ganancial, no siempre es admitido, y no faltan resoluciones que, sin más, aplican el artículo 1062 del CC. Así la SAP Barcelona, Sección 12.ª, de 4 de enero de 1999 (AC 1999, 2610) declara que “siendo el único bien ganancial aquella vivienda que había constituido el domicilio conyugal, elemento esencialmente indivisible, bastará que cualquiera de los partícipes pida su venta en pública subasta, y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga según prescripción del párrafo segundo del citado artículo 1062 del CC, sin que ello suponga extinción alguna de las cargas que sobre el mismo pesen, ya que su venta en pública subasta supone una enajenación judicial de algo que es indivisible, pero con aquellas mismas cargas o gravámenes que sobre el bien a subastar se hallen constituidos, en cuyo ser y estado se produce la subasta judicial”.

5. LA ADJUDICACIÓN DE BIENES VINCULADOS A LA TITULARIDAD ADMINISTRATIVA DE UN CÓNYUGE

Existen negocios o actividades económicas en que la titularidad administrativa corresponde a uno de los cónyuges pero su titularidad civil, a la que aquélla no puede superponerse, viene definida como ganancial como consecuencia de la aplicación de la legislación propia del régimen económico. En tales supuestos se rechaza que las limitaciones que puedan existir a su transmisibilidad sean suficientes para incardinarlas en el artículo 1346.5 del CC⁽¹⁰⁴⁾. Deben, sin embargo, ser adjudicadas al titular formal. Lo mismo pasa con otros supuestos de negocios o establecimientos comerciales o mercantiles en que el mero hecho de vinculación a una titulación legalmente requerida no implica que nos encontremos ante una actividad profesional y no empresarial, como ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia desvinculando la titulación profesional habilitante del ejercicio de la actividad económica: así, la STS de 26 de febrero de 1979 (RJ 1979, 535) con referencia a las oficinas de farmacia⁽¹⁰⁵⁾; la STS de 20 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 9346) respecto a las ópticas⁽¹⁰⁶⁾ o la STS de 26 de marzo de 2001 (RJ 2001, 6636) recaída sobre una asesoría, gestoría y agencia de seguros y un graduado social⁽¹⁰⁷⁾. Tales bienes deberán ser adjudicados a su titular.

(104) Puede verse, en este sentido, la STS de 22 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1339) sobre una concesión de una línea regular de viajeros; SAP La Rioja, de 27 de abril de 2001 (Act. Civ. 2002, BD 311635) sobre un negocio de estanco constituido constante matrimonio y ganancial por aplicación del artículo 1347.5 del CC, y SAP Málaga, Sección 6.ª, de 26 de enero de 2000 (Act. Civ. 2000, BDE 39163) sobre el carácter ganancial de la licencia de taxi. Sigue la doctrina contraria la SAP Cádiz, Sección 7.ª, de 17 de mayo de 2000 (Act. Civ. 2001, BD 132730), que entiende la licencia de taxi como concesión administrativa y la considera personal, intransmisible y sin valor económico.

(105) En el mismo sentido, SAP Las Palmas, de 6 de abril de 1993 (AC 1993, 1809) y SAP Murcia, de 10 de mayo de 2001 (AC 2001, 1244). *Vid.*, no obstante, el pronunciamiento ampliamente argumentado sobre la imposibilidad jurídica de calificar como ganancial la oficina de farmacia de la SAP Alicante, Sección 6.ª, de 11 de febrero de 2002 (Act. Civ. 2002, BD 356611). Sobre la problemática de la oficina de farmacia RAMS ALBESA, “La oficina de farmacia en la sociedad de gananciales”, *RGLJ, XC*, (2.ª época), pgs. 357 y sigs. y CERDA OLMEDO, “La oficina de farmacia y el régimen económico del matrimonio”, *RDN*, 1985, pgs. 63 y sigs.

(106) *Vid.* el comentario a esta sentencia, aunque como sentencia de 13 de noviembre de 2000, de GÁZQUEZ SERRANO, en *CCJC*, núm. 55, enero-marzo 2001, pgs. 378-384.

(107) En el mismo sentido SAP Alicante, de 11 de febrero de 1998 (AC 1998, 311).

6. LA ADJUDICACIÓN DE BIENES EN ARRENDAMIENTO

Una cuestión muy relacionada con los derechos de adquisición preferente regulados en el artículo 1406 del CC es la adjudicación a un cónyuge de los bienes a que se refieren los números 2, 3 y 4 cuando la titularidad de los mismos no es en propiedad sino simple situación posesoria derivada de un contrato de arrendamiento. El problema, por supuesto, surge cuando el cónyuge adjudicatario en la liquidación de la sociedad de gananciales no es el que figura como parte en el contrato de arrendamiento, circunstancia que también se puede presentar fuera del ámbito del artículo 1406 del CC y como una simple consecuencia de las adjudicaciones a realizar.

Por lo que respecta al derecho de arrendamiento sobre la vivienda familiar, realmente en la práctica no se plantea como un bien valorable económicamente de manera autónoma sino que, cuando la disolución y liquidación se enmarca dentro de un procedimiento de crisis matrimonial, la atribución del uso se resuelve dentro de las medidas que se adoptan (art. 96 del CC) y la situación creada tiene en el ámbito del arrendamiento una respuesta propia en el artículo 15 de la LAU. Es decir, el derecho de arrendamiento de la vivienda no se incluye en el activo de la sociedad conyugal y ninguna adjudicación se realiza de él dentro del procedimiento de liquidación.

Más conflictiva es la adjudicación de los derechos de arrendamiento que afecten a los bienes de los números 2 y 3 del artículo 1406 del CC. Dada la amplitud de la actual redacción del número 2 dada por la Ley 7/2003, de 1 de abril, referida a toda explotación económica que gestione efectivamente, si se trata de un local comercial sometido a la LAU, nos encontraríamos con el problema de la titularidad de los arrendamientos de locales de negocio y de uso distinto, si ganancial o privativa y las posibilidades de cesión sin consentimiento del arrendador. Si la titularidad es ganancial, no parece que constituya cesión la adjudicación a uno de los cónyuges, pero si es exclusiva de uno de ellos, cualquier adjudicación al cónyuge no cotitular habrá que incardinarla dentro de la cesión del contrato, lo que para los arrendamientos concertados bajo la vigencia de la LAU de 1994 encajará en el artículo 32.1 al tratarse de arrendamientos de uso distinto (tanto en el local donde radique la explotación como en el que se ejerza la profesión —art. 3 LAU—), es decir, no requiere consentimiento del arrendador pero sí notificación de forma fehaciente en el plazo de un mes (art. 32.4 LAU). Para los sometidos a la LAU de 1964 constituiría un traspaso, para lo que habrá que cumplir todos y cada uno de los requisitos del artículo 32, con derechos de adquisición preferente para el arrendador (arts. 35 y 36 LAU de 1964) así como participación en el precio del traspaso (art. 39 LAU de 1964), a lo que habrá que sumarle los problemas de interpretación que en el caso concreto pueda suponer la previsión de la DT 3.^a 3 de la LAU de 1994, sobre la continuidad o no de la existencia del derecho de traspaso. En todo caso, si

procediere la adjudicación al cónyuge no titular, sea por ejercicio de los derechos de adjudicación preferente del artículo 1406.2 y 3 del CC, o porque así lo considera pertinente el contador, como afirma MORALEJO IMBERNÓN⁽¹⁰⁸⁾, el cónyuge titular vendría obligado a realizar la cesión o traspaso.

7. LOS DERECHOS DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE

Tampoco está exenta de conflictividad, por razones técnicas de interpretación, la propia forma de realizarse las adjudicaciones en aplicación al caso concreto de los derechos de adjudicación preferente establecidos en los artículos 1406 y 1407 del CC⁽¹⁰⁹⁾, teniendo en cuenta que la propia existencia de estos derechos supone un importante excepción a la previsión general del artículo 1061 del CC.

Como señalan DÍEZ PICAZO-GULLÓN⁽¹¹⁰⁾, la figura de la adjudicación preferencial tiene por finalidad satisfacer intereses personales o de afección que podrían verse gravemente vulnerados con una participación formalmente igualitaria. Así, el interés en la continuación del ejercicio de una profesión o de una actividad económica, que podría verse impedido si los bienes dedicados a ese objeto se partieran, o el interés en mantener o preservar la vivienda y los bienes de uso personal. Conforme a ello, según el artículo 1406 del CC, cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance: 1.º Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346. 2.º La explotación económica que gestione efectivamente. 3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión. 4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese su residencia habitual.

Por lo que respecta a los bienes de uso personal, que deben entenderse limitados a bienes muebles dada la inclusión restrictiva de los inmuebles en el

(108) “Comentario a los artículos 1344 a 1410 del CC...” cit., pg. 1.630.

(109) Aparte de que, salvo el artículo 1406.4 del CC, la aplicación del precepto traduce una escasa conflictividad práctica, excede del presente trabajo un estudio en profundidad de los mismos por lo que me remito para ello a los estudios de RAMS ALBESA, “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales”, *RDCI*, 1985, pgs. 727 y sigs. y 927 y sigs.; FONSECA GONZÁLEZ, “La atribución preferente de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil”, *RDP*, 1986, I, pgs. 8 y sigs. y II, pgs. 107 y sigs. y GARRIDO PALMA y otros, *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

(110) *Sistema de Derecho Civil IV...*, cit., pg. 205.

resto de los apartados del artículo 1406 del CC⁽¹¹¹⁾, ha de tenerse en cuenta que conforme al artículo 1346.7 del CC, tienen carácter de bienes privativos las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor pues, en otro caso, estarán afectados por la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del CC. Si son privativos, no podrán ser incluidos en el activo de la sociedad conyugal —lo mismo que si la disolución del régimen económico es por muerte de uno de los cónyuges no se incluirán los bienes señalados en el artículo 1321 del CC— y si son gananciales es cuando se aplica el derecho de adjudicación preferente.

En cuanto al derecho de adjudicación preferente sobre la explotación económica que gestione efectivamente, siguiendo a RAMS-LACRUZ⁽¹¹²⁾, puede decirse que el término explotación económica debe ser entendido de forma amplia, conteniendo en él todas aquellas manifestaciones presentes en la regulación de la sociedad de gananciales que hacen referencia a unidades económicas susceptibles de ser gestionadas de forma separada respecto del resto del patrimonio consorcial y al menos habría que entender incluidos en él la empresa y los establecimientos a que se hace referencia en el artículo 1347.5 del CC. Por otra parte, y a diferencia de la redacción anterior del artículo 1406.2 del CC que hablaba de explotación agrícola, comercial o industrial que el cónyuge “hubiera llevado con su trabajo”, ahora se exige que la explotación económica se “gestione efectivamente”, lo que parece referirse no tanto a un trabajo personal sin más, sino a una actividad organizativa y de dirección empresarial, aunque no tenga que ser dedicación exclusiva⁽¹¹³⁾.

Obviamente, por gestión efectiva no puede entenderse una mera titularidad formal —administrador sin actuación real, sólo a efectos tributarios, etc.— ni tampoco puede ser compartida con el otro cónyuge pues en este caso, y dentro de un procedimiento de liquidación entre los propios consortes consecuencia de una sentencia de separación o divorcio, habría colisión de derechos. Sin embargo, a mi modo de ver, no se excluye la aplicación del artículo 1406.3 del CC por el hecho de que la gestión sea compartida con un tercero, siempre y cuando la participación del cónyuge en la gestión no sea meramente accesoria o circuns-

(111) MORALEJO IMBERNÓN, “Comentario a los artículos 1344 a 1410 del CC...” cit., pg. 1630.

(112) *Elementos de Derecho Civil*, IV... cit., pg. 269.

(113) Ya Díez Pícazo, “Comentario a los artículos 1399 a 1408 del CC...” cit., pg. 1.802, en relación con anterior redacción del artículo 1406.2 del CC, interpretaba que no era suficiente la incorporación del trabajo a la explotación sino que se imponía la “llevanza”, lo que es lo mismo que posesión de la condición de empresario. En el mismo sentido SEIJAS QUINTANA “Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por causa de separación o divorcio matrimonial...” cit., pgs. 301 y sigs.

tancial. En último término, como señala MORALEJO IMBERNÓN⁽¹¹⁴⁾, de lo que se trata es de asegurar la continuidad de la actividad que el cónyuge desempeñó durante la vigencia de la sociedad de gananciales a través de la explotación de un negocio o empresa de carácter común.

Por lo que se refiere al local donde hubiese venido ejerciendo su profesión, además de exigirse que la actividad profesional vaya a seguir desarrollándose en el local después de la liquidación de la sociedad de gananciales sin que, por lo tanto, sea suficiente el venir desarrollando en él la profesión como parece desprenderse de la literalidad de la norma, es interesante destacar la doctrina de la STS de 30 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9763) al decir que el artículo 1406.3 del CC:

“Contiene una efectiva adjudicación preferencial a fin de satisfacer y proteger intereses personales-profesionales y preservar los consecuentes económicos, que podían resultar gravemente afectados, si por consecuencia de la partición ganancial se priva a los cónyuges de continuar en el ejercicio de la actuación profesional desarrollado en el espacio físico construido en que se venía practicando (...) Para que la atribución preferente opere ha de referirse al local donde se hubiera venido ejerciendo la profesión (...) El ejercicio del derecho de preferencia se excluye para supuestos de ocupaciones accidentales o profesionales, aunque se pretenda por propio interés convertirlas en definitivas y consolidarlas por medio de su atribución patrimonial.”

En consecuencia, rechaza la existencia de un derecho de adjudicación preferente de un piso en el que el cónyuge había ubicado provisionalmente su despacho profesional. Tal doctrina será igualmente de aplicación en relación con el artículo 1406.2 del CC.

Por último, en cuanto al derecho de adjudicación preferente de la vivienda habitual, y sin perjuicio de las novedades que en este punto puedan derivarse del artículo 822 del CC en la redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre⁽¹¹⁵⁾, el mayor problema que presenta el artículo 1406.4 del CC es su

(114) “Comentario a los artículos 1344 a 1410 del CC...” cit., pg. 1.630.

(115) Según el párrafo 2.º del artículo 822 del CC, el derecho de habitación sobre la vivienda habitual se atribuirá por ministerio de la Ley al legitimario discapacitado que lo necesite y estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiese excluido expresamente. Tal derecho de habitación, señala el párrafo 4.º, no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 del CC, que coexistirán con el de habitación. Entre otros problemas pensemos en la

aplicación a los supuestos de disolución del régimen económico por sentencia de separación o divorcio, cuestión que se trata a continuación.

8. FORMA DE CONCRECIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE

Partiendo de la base de que los derechos de adjudicación preferente sólo son ejercitables frente al consorte en el ámbito del artículo 1404 del CC, es decir, una vez pagados las deudas a terceros⁽¹¹⁶⁾ y las indemnizaciones y reintegros a los cónyuges, según el artículo 1407 del CC, en los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge titular del derecho de adjudicación preferente pedir, a su elección, nunca impuesto por el otro, que se le atribuyan

consideración de tal derecho de habitación como gravamen —de naturaleza jurídica claramente diferenciable del derecho de uso del artículo 96 del CC— a los efectos de su valoración en la liquidación de la sociedad conyugal y artículo 1407 del CC, pues aunque el párrafo 1.º del artículo 822 del CC establece que el derecho de habitación no se computará a efectos del cálculo de las legítimas si el discapacitado estuviera conviviendo con el causante, *a sensu contrario*, si no fuera así, sí es valorable, lo que hace pensar que la excepción en el supuesto de convivencia lo es solamente en relación con el cálculo de las legítimas, y no en las operaciones de avalúo y adjudicación preferente en la liquidación previa de la sociedad de gananciales.

(116) Como señala GONZÁLEZ GOZALO, “La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción...” cit., pg. 2.298, la vinculación del patrimonio consorcial en su totalidad al pago de las deudas de responsabilidad de la sociedad de gananciales explica que a los terceros acreedores no le puedan perjudicar los derechos de adquisición preferente de los artículos 1406 y 1407 del CC. Ahora bien, para el mismo autor, existiendo otros bienes fácilmente realizables, suficientes para el cumplimiento de las obligaciones sociales y que no sean objeto de un derecho de atribución preferente, con cargo a éstos deberán satisfacerse los créditos (*loc. cit.*). En parecido sentido FONSECA GONZÁLEZ, “La atribución preferente de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil...” cit., pg. 27. Sin embargo, a mi modo de ver, tal conclusión es muy discutible pues está partiendo de una liquidación ordenada de la sociedad de gananciales, con los acreedores interviniendo de manera directa y a la espera de que se satisfagan los créditos. Pero la realidad más frecuente es que los acreedores estén ejecutando sus créditos y embargando bienes gananciales, sin más limitaciones que el orden de los embargos recogido en el artículo 592.2 de la LEC entre lo que no se encuentra el respeto a los derechos de los artículos 1406 y 1407 del CC salvo, eso sí, que podamos tener en cuenta en el caso concreto la exigencia genérica del artículo 592.1 de la LEC de que la enajenación cause la menor onerosidad al ejecutado. Otra cosa es si el problema es entre cónyuges sobre qué bienes deben enajenarse para pagar las deudas consorciales ante la falta de metálico. En tal caso sí podría tenerse en cuenta la existencia de los derechos de adjudicación preferente. Para un tratamiento en profundidad del problema del pago de las deudas de la comunidad con defecto de liquidez y los derechos de atribución preferente vid. RAMS ALBESA, *La sociedad de gananciales...*, cit., pgs. 457 y sigs.

los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación⁽¹¹⁷⁾, con independencia en este supuesto de que la adjudicación en propiedad cupiera en el haber del cónyuge ya que, como señala MORA-LEJO IMBERNÓN⁽¹¹⁸⁾, se trata de garantizar la posesión del inmueble por el cónyuge ofreciéndole un título jurídico alternativo al dominio y de menor valor económico. Si el valor de los bienes o del derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero. Nótese que el derecho de elección concedido por este artículo no se prevé para los números 1 y 2 del artículo 1406 del CC por lo que en estos casos sólo es posible ejercitar el derecho de adjudicación preferente mediante atribución de la propiedad de los bienes.

Por otra parte, el artículo 1407 del CC sólo recoge la posibilidad de abonar en dinero el exceso de adjudicación al cónyuge con derecho preferente en los supuestos de los números 3 y 4 del artículo 1406 del CC, guardando silencio en los otros supuestos, especialmente por su relevancia el de la explotación económica⁽¹¹⁹⁾. Teniendo en cuenta que realmente el artículo 1406 del CC constituye un supuesto de adjudicación preferente excepcional dentro de las reglas particionales, parece entonces que, no existiendo otros bienes gananciales o siendo éstos insuficientes para cubrir el haber del otro, no sería posible la adjudicación íntegra de la explotación y o bien es divisible materialmente o sería de aplicación el artículo 1062 del CC, interpretación que se ve reforzada por la propia previsión inicial del artículo 1406 del CC que, sin perjuicio de la matización recogida en el artículo 1407 del CC, señala como límite a los derechos de adjudicación preferente hasta donde alcance el haber del cónyuge⁽¹²⁰⁾.

No obstante, en mi opinión, son de aplicación las razones anteriormente expuestas para la admisión, atendiendo a las circunstancias del caso concreto,

(117) Normalmente se interpreta que la referencia a los derechos de uso y habitación son excluyentes de la posibilidad de que el cónyuge pretenda, con la oposición del otro, que se constituya otro derecho que conlleve el uso y posesión del inmueble, como un derecho de usufructo o arrendamiento. Así DE LOS MOZOS, “Comentario a los artículos 1314 a 1410 del CC...” cit., pg. 656, y FONSECA GONZÁLEZ, “La atribución preferente de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil...”, cit., p. 37.

(118) “Comentario a los artículos 1344 a 1410 del CC...”, cit., pg. 1.631.

(119) Para el específico tratamiento del derecho de adjudicación preferente sobre la explotación agrícola puede verse MILLÁN SALAS, “La atribución preferente de la explotación agrícola en la liquidación de la sociedad de gananciales”, *RGLJ*, 2001, núm 2, abril-junio, pgs. 361 y sigs.

(120) Tal es la interpretación usual de la doctrina. Así LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, VI..., cit., pg. 254; Díez PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil IV...*, cit., pg. 205; TORRES LANA, *Código Civil...*, cit., pg. 1.033; GARCÍA URBANO, “Comentario a los artículos 1400, 1405, 1406, 1407 y 1408 del CC...” cit., pg. 800.

de la adjudicación en exclusiva con compensación económica al otro con dinero no ganancial, es decir, efectivamente no se puede reconocer un derecho de adjudicación preferente con compensación económica, de manera que si no se accede a tal pretensión no se estará vulnerando el artículo 1406 del CC a pesar de no existir razón para el diferente trato que el precepto le da al local en que se ejerce la actividad profesional y la explotación económica de gestión efectiva⁽¹²¹⁾. Pero nada impide que se considere adecuada la adjudicación a un cónyuge —el que lo gestionaba efectivamente— con compensación económica al otro, incluso teniendo en cuenta el artículo 1405 del CC, no accediendo a la división material por considerar la explotación económicamente indivisible, ni a la enajenación en pública subasta⁽¹²²⁾.

9. OTROS POSIBLES DERECHOS DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE: LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CONVENIO REGULADOR O SENTENCIA

Dejando aparte la cuestión de la propia extinción del derecho de uso de la vivienda familiar en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales cuando no existen hijos⁽¹²³⁾, es problemática la cuestión de si la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar dentro del procedimiento matrimonial en aplicación del artículo 96 del CC otorga un derecho de adjudicación preferente en la liquidación de la sociedad de gananciales, dado que el artículo 1406.4 del CC sólo lo prevé para el caso de muerte, inclinándose por la respuesta positiva la STS de 3 de enero de 1990 (RJ 1990, 31) y negándolo implícitamente la STS de 10 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 7892) y contundentemente la STS de 16 de diciembre de 1995 (RJ 1995, 9144) al rechazar la pretensión del cónyuge de que le fuese adjudicada la vivienda familiar por el hecho de tener previamente atribuido el uso, entendiéndose que dicha pretensión vulneraba el módulo de

(121) Así FONSECA GONZÁLEZ, “La atribución preferente de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil...” cit., pg. 35.

(122) *Vid.* en este sentido MILLÁN SALAS, “La atribución preferente de la explotación agrícola en la liquidación de la sociedad de gananciales...” cit., pgs. 375 y 376.

(123) La jurisprudencia mayoritaria parece mostrarse partidaria de que, dado que la atribución del uso de la vivienda familiar dentro de las medidas adoptadas en la sentencia de separación o divorcio es meramente temporal, en el supuesto de inexistencia de hijos menores, su duración está en función de la propia liquidación de la sociedad de gananciales, de manera que una vez que ésta se practica se produce la extinción del derecho de uso. *Vid.* SAP Madrid, de 15 de enero de 1990 (RGD, abril-mayo 1991, pg. 2.584), SAP Bilbao, de 7 de junio de 1990 (RGD, marzo 1991, pg. 2.213), SAP Barcelona, de 8 de enero de 1992 (RJC 1993.3, pg. 847) y SAP Teruel, de 13 de enero de 1995 (AC 1995, 72).

igualdad establecido en el artículo 1061 del CC⁽¹²⁴⁾, si bien es de resaltar que la rotundidad del pronunciamiento está muy vinculado a tratarse de una VPO y pretender la esposa que se le adjudicase por el precio oficial y no de mercado.

Realmente debe concluirse que, en el ámbito de la liquidación de la sociedad de gananciales derivada de la disolución del régimen como consecuencia de una sentencia de separación o divorcio, legalmente no existe un derecho de adjudicación preferente que se pueda imponer al otro cónyuge o a cuya observancia venga obligado el contador partidor desde el momento en que el legislador, regulando en los artículos 1392 y 1393 del CC diversas causas de disolución de la sociedad de gananciales, sólo lo estableció para el caso de disolución por muerte de uno de los cónyuges pero no en los de nulidad, separación o divorcio [*vid.* STSJ de Navarra, de 28 de octubre de 1999 (RJ 1999, 9744)]⁽¹²⁵⁾.

Ello implica que el cónyuge a quien se atribuyó el derecho de uso de la vivienda familiar, por esa mera circunstancia, carece de un derecho a que se incluya en su haber el inmueble, pero lo mismo sucede en cuanto al otro cónyuge, sin que, por otra parte, tampoco se contemple legalmente en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales que en caso de un inmueble indivisible necesariamente tenga que adjudicarse a ambos cónyuges en pro indiviso y que esa pretensión pueda fundamentarse en un derecho reconocido legalmente. Es más, tal y como se ha señalado, la amplia interpretación que se realiza del artículo 1061 del CC, en contra de la rigurosidad mostrada por la mencionada STS de 16 de diciembre de 1995, permite perfectamente que, en hipótesis, la vivienda familiar se le asigne a cualquiera de los cónyuges y que al otro se le adjudiquen otros bienes gananciales, pues recordemos que en este régimen económico no hay una cotitularidad sobre bienes concretos, que nos llevaría desde el principio al artículo 404 del CC, sino una comunidad sin cuotas sobre el todo.

Por ello, a mi modo de ver, a la hora de determinar a qué cónyuge se le habrá de adjudicar no cabe duda de que, atendiendo a las circunstancias del caso

(124) *Vid.* igualmente en una conclusión negativa la SAP A Coruña, Sección 1.ª, de 29 de enero de 2002 (SP/SENT/35786).

(125) Así RAMS ALBESA, “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales”, *RCDI*, 1985, pg. 819 y DÍAZ MARTÍNEZ, “Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales...” cit., pg. 386. En sentido contrario DE COSSIO MARTÍNEZ, *Las medidas en los casos de crisis matrimonial...*, cit., pg. 63, quien sostiene la existencia del derecho de adjudicación preferente. Parece oportuno resaltar cómo en la Ley aragonesa 2/2003, al establecer en el artículo 85.2 los derechos de adjudicación preferente, en cuanto a la vivienda habitual lo sigue reduciendo única y exclusivamente a la disolución del consorcio conyugal por muerte de uno de los cónyuges.

concreto y del interés más necesitado de protección, a fin de evitar también la prolongación de conflictos innecesarios, salvo que concurran hechos que justifiquen una decisión diferente, la titularidad dominical de la vivienda debe adjudicarse al cónyuge que tiene atribuido el derecho de uso —y en último término es lo que decide la STS de 14 de junio de 1993 (RJ 1993, 4832) ⁽¹²⁶⁾— sin que al otro cónyuge —salvo las consideraciones en su momento señaladas de revalorizaciones futuras— se le cause ningún perjuicio económico pues él recibirá íntegramente en metálico o con otros bienes el valor que estrictamente le corresponde en los términos exigidos por el artículo 1404 del CC [*vid.* SAP de Vizcaya, Sección 2.ª, de 11 de junio de 2001 (SP/SENT30211) y STS de 8 de julio de 1995 (RJ 1995, 5552)].

Es decir, no preferencia legal pero sí criterio razonable de adjudicación [*vid.* SAP de Vizcaya, Sección 1.ª, de 12 de diciembre de 2000 (LA LEY JURIS 417751/2000)] ⁽¹²⁷⁾. Por la misma razón, en principio y por contraria a la buena fe (art. 7.1 del CC), habría que rechazar la pretensión del cónyuge que tiene atribuido el uso de que se adjudique al otro la titularidad del inmueble conservando aquél la posesión y aprovechamiento, pues teniendo en cuenta que no se considera jurisprudencialmente carga o gravamen que minusvalore su estima-

⁽¹²⁶⁾ Esta sentencia es ocasiones es citada como una resolución en la que el Tribunal Supremo reconoce un derecho de adjudicación preferente derivado de la atribución del uso de la vivienda familiar. Sin embargo, tal conclusión no figura expresamente en la sentencia ni se puede extraer de la misma, pues se limita a decir que es atinada la adjudicación a la esposa por tener atribuido el uso de la vivienda familiar, no que tuviera derecho a tal adjudicación de manera que fuera imperativa: “si bien al partir los contadores han de procurar cumplir el artículo 1061 del CC, ello siempre será sobre la base de que sea posible, como expresa el precepto citado, al cual sigue el 1062 del CC que permite adjudicar a uno de los partícipes una cosa cuando, como el piso de autos, sea indivisible o desmerezca mucho con su división, sin que sea aconsejable aquí la venta en pública subasta dada la sujeción del uso a que constituya vivienda de los hijos y la esposa, por lo que es atinado permitir la adjudicación a la esposa, que puede compensarse con dinero u otros bienes como se ha hecho en la partición”. *Vid.* la SAP Jaén, Sección 1.ª, de 26 de febrero de 2001 (JUR 2001, 126923), con cita correcta de la STS de 14 de junio de 1993.

⁽¹²⁷⁾ Tal criterio razonable es el que recoge el artículo 78.4 de la Ley 22/2003 dentro del procedimiento de concurso del cónyuge deudor casado sometido al régimen de gananciales pues, cuando procede la disolución y liquidación, establece un derecho de adjudicación preferente de la vivienda familiar al cónyuge no deudor, hasta donde alcance su haber o abonando el exceso. Es decir, derecho de adjudicación preferente ya no sólo en el supuesto de disolución por muerte como contempla el artículo 1406.4 del CC, sino por otra causa en vida de los cónyuges. Ciertamente el artículo 78.4 de la Ley 22/2003 es un precepto específico dentro del procedimiento concursal, que no es de aplicación a otros supuestos, aparte de que en este caso no hay, en principio, conflicto entre los cónyuges como sí existe en la liquidación del artículo 810 de la LEC. Sin embargo, refleja que el derecho de adjudicación preferente no sólo existe para el caso de muerte de un consorte y refuerza el argumento de que el derecho de uso pueda ser tenido en cuenta de manera relevante.

ción económica, las consecuencias que de hecho se producen es recibir su parte líquida íntegra mientras que su consorte, sin razón alguna que lo justifique, se ve privado de la posesión de un bien de su titularidad.

Las conclusiones reseñadas, sin embargo, no parecen tan fáciles de asumir cuando no existen bienes gananciales con los que satisfacer el haber líquido del cónyuge a quien no se le adjudica el inmueble. Parece que en tal caso, y ante la oposición de un cónyuge de que se adjudique al otro compensando la diferencia, deberá recurrirse a la adjudicación *pro indiviso* o a la venta en pública subasta (art. 1062 del CC). Sin embargo, también en este supuesto, como se ha visto, no falta jurisprudencia que entiende que es posible la adjudicación a uno compensando económicamente al otro.

BIBLIOGRAFÍA

BLANDINO GARRIDO, *Régimen jurídico de las deudas tras la liquidación de la sociedad de gananciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DE COSSIO MARTÍNEZ, *Las medidas en los casos de crisis matrimonial*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

CUTILLAS TORNOS, “La liquidación de la sociedad de gananciales”, *La Ley*, 1986-3.

DE LOS MOZOS, “Comentario a los artículos 1314 a 1410 del CC”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, t. 18, vol. 2.^o, 2.^a ed., Madrid, 1999.

DÍAZ MARTÍNEZ, “Las consecuencias de la adjudicación del uso de la vivienda familiar tras las rupturas matrimoniales: especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales”, *Act. Civ.*, 1998-2.

DÍEZ PICAZO, “Comentario a los artículos 1399 a 1408 del CC”, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, Vol. II., Tecnos, Madrid, 1984.

DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, IV, Derecho de Familia. Derecho de sucesiones. 8.^a ed., Tecnos, Madrid, 2001.

FONSECA GONZÁLEZ, “La atribución preferente de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil”, *RDP*, 1986.

GARCÍA URBANO, “Comentario a los artículos 1400, 1405, 1406, 1407 y 1408 del CC”, *Comentario del Código Civil* T. II, Ministerio de Justicia. Madrid, 1991.

GARRIDO PALMA y otros, *La disolución de la sociedad conyugal, estudio específico de los artículos 1406 y 1407 del Código Civil*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

GONZÁLEZ GOZALO, “La liquidación de la sociedad de gananciales: el pasivo y su satisfacción”, *AC*, 2001-I.

GUILARTE GUTIÉRREZ, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Lex Nova, Valladolid, 1991.

LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, VI, Derecho de Familia. 3.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2002.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, “Comentario a la STS de 20 de julio de 1998”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2.

— *La liquidación de la sociedad de gananciales (doctrina y jurisprudencia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MARTÍN MELÉNDEZ, *La liquidación de la sociedad de gananciales. Reestablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, McGraw-Hill, Madrid, 1995.

— “Comentario a la STS de 16 de diciembre de 1995”, *CCJC*, núm. 41, abril-agosto, 1996.

MARTÍNEZ CALCERRADA, “Comentarios a los artículos 1399 a 1408 del CC”, *Comentario del Código Civil*, T. VII, artículos 1315 a 1789 del CC, dirigidos por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona, 2000.

MILLÁN SALAS, “La atribución preferente de la explotación agrícola en la liquidación de la sociedad de gananciales”, *RGLJ*, 2001, núm. 2, abril-junio.

MORALEJO IMBERNÓN, “Comentario a los artículos 1344 a 1410 del CC”, *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Rodrigo Bercovitz y Rodríguez Cano, Aranzadi, Pamplona, 2001.

MURCIA QUINTANA, “La división de la vivienda familiar dejada en copropiedad tras la liquidación de la sociedad de gananciales de un matrimonio divorciado (Comentario a la STS de 22 de septiembre de 1988)”, *ADC*, XLII, 1989, julio-septiembre.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, *Compendio de Derecho Civil*, T. IV, Derecho de Familia, 5.^a ed., Edersa, Madrid, 2001.

PEÑA BERNALDO DE QUIROS, “Comentario a los artículos 1399, 1401, 1402, 1403 y 1404 del CC”, *Comentario del Código Civil*, T. II. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

PÉREZ MARTÍN, *Derecho de Familia. La ejecución de las resoluciones dictadas en procedimientos matrimoniales*, Lex Nova, Valladolid, 1994.

RAMS ALBESA, “Las atribuciones preferentes en la liquidación de la sociedad de gananciales”, *RDCI*, 1985.

— *La sociedad de gananciales*, Tecnos, Madrid, 1992.

RAMS ALBESA-LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil*, IV. Derecho de Familia, Dykinson, Madrid, 2002.

RIVERA FERNÁNDEZ, *La comunidad postganancial*, José M.^a Bosch, Barcelona, 1997.

ROCA TRIAS, “Comentario al artículo 96 del CC”, *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ CHACÓN, “El derecho de uso sobre la vivienda, fuente de conflictividad”, *La conflictividad en los procesos familiares: vías jurídicas para su reducción*, Asociación Española de Abogados de Familia, Dykinson, Madrid, 2004.

SEIJAS QUINTANA, “Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales por causa de separación o divorcio matrimonial”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1993.

SEOANE SPIEGELBERG, “Asignación de la vivienda familiar en procesos matrimoniales con hijos y liquidación de la sociedad de gananciales”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992.

SERRANO ALONSO, *La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997.

TORRES LANA, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, T. IV, Arts. 1088 a 1444, Trivium, Madrid, 1991.

VELÁZQUEZ MARTÍN, “Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de la sociedad de gananciales. Compensación del cónyuge desposeído”, *Act. Civ.*, 2002-1.

VICENTE DÍAZ, “La liquidación de la sociedad de gananciales”, *Act. Civ.*, 1989-3.

PREVENCIÓN DE LA EJECUCIÓN FORZOSA EN PROCESOS MATRIMONIALES DE MUTUO ACUERDO

AMPARO SANGUINO BOTELLA

*Abogada de la AEAF
Bufete JORGE A. MARFIL*

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO

II. NORMAS DE LA LEC

1. Específicas para procesos matrimoniales.
2. Normas de la LEC no específicas para procesos matrimoniales.

III. NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL

IV. APLICACIÓN DE LAS REFERIDAS NORMAS A LOS PROCESOS MATRIMONIALES Y DE MENORES TRAMITADOS DE MUTUO ACUERDO

V. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS

1. Pactos de naturaleza económica.
2. Pactos relativos a custodia y régimen de visitas con menores.
3. Pactos relativos a obligaciones no económicas de naturaleza personalísima.

VI. CONCLUSIONES

I. PLANTEAMIENTO

En los procesos matrimoniales y de menores de los arts. 769 a 778 de la LEC (en adelante procesos matrimoniales), los pronunciamientos sobre medi-

das de custodia y patria potestad, régimen de visitas, pensiones de alimentos y/o compensatoria, uso del domicilio familiar y demás derivadas de los arts. 90 a 106, y 154 y 161 del CC —de alto contenido personalísimo— sólo resultan verdaderamente efectivos si son cumplidos voluntariamente, en los propios términos indicados en la resolución judicial, porque su incumplimiento y consecuente ejecución forzosa origina situaciones altamente negativas en lo jurídico, en lo personal y en lo social.

El incumplimiento de las medidas produce, además de los propios y naturales efectos perjudiciales derivados del proceso de ejecución forzosa, otros, por añadidura, que atentan contra la integridad de la resolución judicial, y por tanto del grupo familiar —constitucionalmente protegido *ex art.* 39 CE— y que no pueden valorarse económicamente para indemnizar al ejecutante, ni pueden paliarse de forma mínimamente adecuada.

Por ejemplo, el perjuicio que ocasiona el impago mensual de la pensión alimenticia no desaparece acudiendo a la vía de apremio, porque para la economía familiar resulta altamente gravoso obtener el embargo de la cantidad global atrasada, en el mejor de los casos. Lo mismo sucede con la atribución del domicilio familiar. Frente al desalojo de la vivienda de forma voluntaria y puntual, la necesidad de acudir al lanzamiento despliega unos efectos altamente negativos en la relación familiar que entorpecen el normal desarrollo de las relaciones paterno-filiales, y a su vez originan otros incumplimientos de naturaleza personalísima.

Así, el incumplimiento de una medida concreta extiende *de facto* sus efectos negativos a las restantes medidas, de tal forma que promueve el incumplimiento de otras distintas con diferente contenido. Por ejemplo, como el padre no abona las pensiones, la madre obstaculiza el régimen de visitas.

Y es que al formar las medidas o efectos que pueden adoptarse en los procesos matrimoniales un conjunto de disposiciones cuya última finalidad es la protección coordinada de una familia, el incumplimiento de una o varias de estas disposiciones produce por extensión sus efectos negativos sobre todas las demás, como una suerte de efecto “dominó”.

Consecuencia de lo anterior, ya dentro del proceso de Ejecución Forzosa, es que ambos litigantes pueden ser ejecutante y ejecutado simultánea y recíprocamente por incumplimiento de diferentes pronunciamientos (por ejemplo, la esposa es ejecutante contra el marido por impago de pensiones alimenticias y/o compensatoria, y éste contra aquélla por incumplimiento de régimen de visitas con menores).

En este laberinto, el cometido del Juzgador es ordenar lo procedente para que la Sentencia se cumpla en sus propios términos, atendiendo y cohonestando equitativamente y en su justo momento lo ordenado en todas las medidas. Y

todo ello teniendo en cuenta que, al tratarse de obligaciones de contenido personalísimo con prestaciones periódicas a largo plazo, la ejecución forzosa puede prolongarse indefinidamente y verse invadida por nuevas circunstancias, por lo que también ha de atender a que las normas procesales no le alejen de una decisión materialmente ajustada en el momento oportuno.

Por ello no es extraño que los Juzgados de Familia tengan en sus archivos infinidad de procesos de ejecución que se prolongan durante “décadas” sin llegar nunca a conseguir la completa satisfacción del o de los ejecutantes, ni por tanto paliar los perjuicios económicos, familiares y sociales ocasionados por el incumplimiento de los pronunciamientos de medidas.

Con todo lo anterior resulta evidente que el principal problema derivado de los procesos matrimoniales es su ejecución forzosa, que debe siempre evitarse promoviendo y facilitando el cumplimiento voluntario de la medida adoptada desde la misma creación del título ejecutivo.

Y como en los tramitados por mutuo acuerdo al amparo del art. 777 de la LEC se confiere cierta discrecionalidad a los cónyuges o progenitores para pactar los efectos de la crisis familiar, parece sensato aprovechar este margen de disposición para garantizar el cumplimiento de las obligaciones empleando las coerciones o penalizaciones que la LEC y el Cc nos ofrecen con objeto de hacer más gravoso al obligado el incumplimiento de la medida.

II. NORMAS DE LA LEC

1. ESPECÍFICAS PARA PROCESOS MATRIMONIALES

El art. 776 de la LEC, titulado “Ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas”, se introdujo en la redacción final del actual Texto Procesal Civil para fomentar el cumplimiento de los pronunciamientos de medidas dictados en procesos matrimoniales, en reconocimiento expreso de la especial complejidad de esta ejecución de obligaciones personalísimas, periódicas, económicas o no económicas.

Dice el art. 776 de la LEC que los pronunciamientos sobre medidas han de ejecutarse con arreglo a las disposiciones generales sobre ejecución forzosa previstas en el Libro III de la LEC, pero, además establece tres especialidades:

1.^a Al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrán imponérsele multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el art. 711 y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas.

Se refiere esta primera especialidad al incumplimiento de las medidas de carácter económico fijadas en la Sentencia o Auto: pensión alimenticia o compensatoria; aunque también cabe imaginar su aplicación ante supuestos de incumplimiento de pagos periódicos derivados de la Liquidación del Régimen económico matrimonial pactados en Convenio Regulador de Separación o Divorcio.

La traba sobre bienes del deudor por impago de las prestaciones económicas debidas no obsta para que —además— se le puedan imponer multas coercitivas (mensuales o únicas) en casos de reiterado incumplimiento. Dicho de otra manera, se fuerza el cumplimiento utilizando una coerción patrimonial: la multa que se le impondrá, además de la traba, si desobedece el Mandato Judicial.

2.^a) En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del art. 709 y podrán mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto.

Cabe entender aplicable a esta segunda especialidad todas aquellas medidas que, no siendo de carácter económico, pueden determinarse en Sentencia o Auto de proceso matrimonial: desde el incumplimiento del régimen de visitas, a las medidas sobre administración de bienes gananciales, pasando por las referidas al uso del domicilio familiar u otras.

Cuando el incumplimiento es reiterado, las multas coercitivas mensuales pueden mantenerse todo el tiempo que el juzgador estime oportuno, sin necesidad de buscar la sustitución de la obligación por su equivalente pecuniario transcurrido un año desde la imposición de tales multas periódicas.

Esta facultad de prolongar las multas coercitivas mensuales mientras resulte oportuno indica que lo que se valora y pretende es el cumplimiento de la obligación en sus propios términos, y que por ello no se contempla la posibilidad de sustituirla por su equivalente pecuniario.

También aquí se utiliza la coacción patrimonial para promover el cumplimiento de prestaciones personalísimas fijadas judicialmente, de tal forma que al obligado resulte menos gravoso el cumplimiento voluntario que el incumplimiento.

Las medidas coercitivas patrimoniales establecidas en estas dos primeras especialidades del art. 776 de la LEC son de carácter público y por tanto los apremios económicos que en ellas se contienen no se entregan al ejecutante, sino que van a parar al Tesoro Público.

3.^a) **El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas.**

La tercera especialidad no establece una coerción patrimonial sino en especie, penalizando los incumplimientos reiterados del régimen de visitas con una posible modificación del régimen de guarda (en caso de que el incumplidor sea el progenitor custodio, podría pasar la custodia al otro), o visitas (en caso de que el incumplidor sea el no custodio, podría restringirse el régimen de visitas).

Su redacción y finalidad específica indican que la resolución correspondiente sobre modificación de guarda o visitas se adopta en trámite de ejecución forzosa.

Las tres anteriores especialidades del art. 776 de la LEC nos muestran medidas de coerción para compeler al obligado al cumplimiento de la resolución judicial en sus propios términos, disuadiéndolo del incumplimiento.

2. NORMAS DE LA LEC NO ESPECÍFICAS PARA PROCESOS MATRIMONIALES

Pero además, e independientemente de las anteriores medidas de coerción, los art. 706.1 y 709.4 de la LEC —enteramente aplicables a nuestros procesos por la remisión general del art. 776 al Libro III— prevén la posibilidad de que el título ejecutivo contenga disposición expresa para el caso de incumplimiento, prevaleciendo esta disposición específica sobre las normas de la LEC para ejecución forzosa de obligaciones personalísimas.

El propio legislador contempla la posibilidad de fijar de antemano, cuando ello sea procesalmente posible, una disposición expresa para garantizar el cumplimiento, o paliar o indemnizar las consecuencias del incumplimiento.

III. NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL

Por su lado el Código Civil permite garantizar el cumplimiento de los pactos a través de la llamada cláusula penal o *stipulatio poenae* de los arts. 1152 a 1155 del CC, que sirven para reforzar el cumplimiento de la obligación.

Se configura el art. 1152 del CC como un acto de liquidación preventiva del daño (eventual y futuro) producido por el incumplimiento o por el retraso en el cumplimiento: “*la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento si otra cosa no se hubiere pactado*”. Pero esta faceta liquidatoria del daño no es única, ya que el art. 1153 del CC admite, mediante pacto expreso, la cláusula penal cumulativa, en donde la pena

pactada se añade, bien al cumplimiento forzoso *in natura* de la obligación principal, bien a la indemnización de daños y perjuicios establecida en los arts. 1102 y siguientes del CC; pero no en sustitución de la misma (que sería la figura normal prevista en el art. 1152), sino además de esta indemnización señalada por Ley.

Se configura en la doctrina y en la jurisprudencia como un medio de garantía de las obligaciones, que constriñe la voluntad del deudor impulsándolo al cumplimiento regular de la obligación principal bajo la coerción de las consecuencias derivadas de su aplicación. La función coercitiva y garantista de la pena desarrolla un papel preventivo-disuasorio aunque no garantice, obviamente, que la obligación vaya a ser cumplida ni otorgue preferencia alguna al acreedor. La obligación penal es accesoria, independiente y distinta de la principal. Encuentran causas diferentes y pueden combinarse en diversos sentidos. Es una figura compleja de formación sucesiva, constituida por un acto de voluntad y un comportamiento humano: el primero manifestado en el negocio jurídico donde las partes pactan una obligación y prevén una sanción para el caso de que sea ésta incumplida; el segundo se traduce en la actividad u omisión contraria a la regla de conducta exigida, lo que constituye, en la voluntad de las partes, el supuesto de hecho y antecedente inmediato de la puesta en funcionamiento y eficacia de la estipulación penal.

La eventual coerción desarrollada por la *stipulatio* no persigue (no tiene) un fin de castigo específico o propio distinto, según los casos, de una ejecución forzosa o de un resarcimiento del daño.

Esta penalización del incumplimiento entronca con una función preventiva y coercitiva: asegura el cumplimiento porque constriñe la voluntad del deudor impulsándolo al estricto cumplimiento de la obligación principal, bajo la coerción de las consecuencias derivadas de la aplicación de la pena.

Y nada de todo ello impide la utilización de esta función garantizadora de las obligaciones en los procesos matrimoniales, desarrollando su función coercitiva-disuasoria antes del incumplimiento, y liquidatoria después, en la medida que simplifique la eventual ejecución forzosa, según lo querido por el art. 709.4 de la LEC.

Por contraposición con las medidas coercitivas reguladas en la LEC, las medidas de penalización establecidas al amparo de los arts. 1152 y siguientes del Código Civil tienen carácter privado, y por tanto las penalizaciones económicas que se establezcan por incumplimiento se entregan al acreedor ejecutante.

IV. APLICACIÓN DE LAS REFERIDAS NORMAS A LOS PROCESOS MATRIMONIALES Y DE MENORES TRAMITADOS DE MUTUO ACUERDO

Las anteriores normas de la LEC y el CC pretenden, en definitiva, una misma cosa: forzar el cumplimiento de las obligaciones en sus propios términos, buscar el cumplimiento voluntario que evite la ejecución forzosa.

El Convenio Regulador destinado a constituirse en título ejecutivo —una vez aprobado por Sentencia dictada en proceso matrimonial de mutuo acuerdo (art. 777 de la LEC)— es un negocio jurídico de derecho de familia en el que predomina la autonomía de la voluntad, con las limitaciones propias de todo contrato: no se amparan situaciones abusivas o de ejercicio antisocial del derecho, ni renunciaciones contra la Ley; pero en el que no aparece expresa ni tácitamente limitada la adopción de penalizaciones para garantizar el cumplimiento de los acuerdos.

Sin embargo, el art. 90 del Código Civil faculta al Juez para no aprobar el convenio regulador suscrito por los esposos en caso de que sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. Por su parte el art. 91 del mismo Texto impone al Juez la obligación de determinar en su Sentencia las medidas que, conforme a lo establecido en los arts. 92 a 99, hayan de adoptarse en defecto de acuerdo o “... en caso de no aprobación del (acuerdo) mismo...”, desaprobación que sólo tendrá lugar, una vez más, en caso de que el acuerdo sea perjudicial para los hijos o gravemente dañoso para uno de los cónyuges.

Lo cierto es que, desde el punto de vista de las limitaciones legales, ha de diferenciarse entre los acuerdos que afectan a los hijos y los pactos relativos a las cuestiones económicas entre los cónyuges, dado que el control judicial que impone el art. 90 del CC también afectará a las medidas de coerción o penalización por incumplimiento que se incluyan en el Convenio Regulador.

En los acuerdos relativos a los hijos menores, los progenitores no disponen de autonomía de la voluntad en el contenido de sus pactos, porque no pueden disponer de los derechos ni de las obligaciones derivadas del ejercicio de la patria potestad. Los acuerdos que hayan suscrito en el Convenio Regulador sólo constituyen una propuesta al Juez sobre lo que estiman más beneficioso para sus hijos. Por tanto, también, las medidas de coerción o penalizaciones por incumplimiento que afectan a menores de edad o incapacitados deben considerarse una propuesta efectuada al Órgano Jurisdiccional, que únicamente será aprobada si el Juez y el Fiscal estiman que no perjudica a aquéllos, siempre en aplicación del principio *favor filii*.

Sin embargo, los pactos entre los cónyuges relativos a sus cuestiones económicas están presididos por el principio dispositivo, por lo que sus únicas limitaciones son las de carácter general establecidas en el art. 1328 del CC:

estipulaciones contrarias a las leyes o a las buenas costumbres o limitativas a la igualdad de derechos, que debe completarse con las demás normas generales, es decir, con los arts. 6.2, 1116, 1255 y 1275 del CC.

En realidad, la limitación establecida en los arts. 90 y 91 del Código Civil en lo que respecta a los acuerdos que puedan considerarse gravemente dañosos para uno de los cónyuges responde a concepciones ya superadas por la plena vigencia del art. 14 CE, pues no puede concebirse una fiscalización judicial de los pactos que afecten en exclusiva a los esposos. Sobre tales acuerdos pueden aplicarse las disposiciones de los arts. 1152, 1153 y 1154 del Código Civil sobre “cláusula penal”, adaptándolas a las normas del art. 776 de la LEC para la ejecución forzosa de los pronunciamientos de medidas, en atención a la especialidad de la materia.

En los pactos relativos al pago de la pensión compensatoria o al cumplimiento en sus propios términos del uso del domicilio conyugal, la única limitación exigible a la inclusión de medidas de penalización o disposiciones específicas para el caso de incumplimiento dentro del convenio regulador, viene determinada porque no resulten gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges (art. 90 del CC) o no sean contrarios a la moral y el Orden Público (art. 1255 del CC).

Por tanto, pueden establecerse en Convenios Reguladores para procesos matrimoniales las medidas de garantía de las obligaciones pactadas que resulten pertinentes, siempre que se utilicen respetando los límites especiales para procesos matrimoniales y relativos a menores, que vienen establecidos en los arts. 90 y 91, y 154 a 161 del Código Civil.

V. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS

La diferente naturaleza de los acuerdos que pueden adoptarse en Convenios Reguladores para garantizar el cumplimiento de las obligaciones en ellos establecidas limita en su correspondiente medida la licitud del acuerdo, y así:

1. PACTOS DE NATURALEZA ECONÓMICA

En atención a lo dispuesto en los arts. 709.4 y 776.1.³ de la LEC, en relación con el art. 1553 del CC, puede pactarse en convenio regulador la imposición de multas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones económicas asumidas (pago de pensiones alimenticias o compensatoria, abonos por Liquidación Ganancial pactada en Convenio Regulador), indicando expresamente la cuantía y periodicidad de tales penalizaciones, que deberán ajustarse a lo establecido en los artículos 709, 710 y 711 de la LEC.

Las penalizaciones se harán efectivas sobre el patrimonio del deudor además de las cantidades debidas y no pagadas, entregándose todas ellas al acreedor ejecutante.

En pactos relativos al pago de pensión compensatoria, o de cantidades a abonar como consecuencia de la Liquidación del Régimen Económico Matrimonial —donde rige plenamente el principio dispositivo— nada impide que se pacte, como medida de coerción, una penalización por cada mensualidad dejada de abonar de hasta el 20 por ciento de lo debido, según autoriza el art. 711 de la LEC.

Sin embargo, tratándose del pago de pensión alimenticia a hijos, las medidas de penalización-coerción que se propongan en el convenio deberán tamizarse atendiendo prioritariamente a los intereses de éstos, que supervisará el Ministerio Fiscal, al venir limitados los acuerdos por los arts. 90, 91 y concordantes del Código Civil.

Una vez aprobadas judicialmente las penalizaciones pactadas se harán efectivas mediante resolución judicial dictada en proceso de Ejecución Forzosa que acuerde la traba correspondiente, ya sea en el Auto despachando ejecución, ya sea una vez oído el ejecutado en su escrito de oposición, en el Auto que finalice la ejecución.

Es manifiesta su utilidad para evitar incumplimientos económicos flagrantes e injustificados, especialmente para frenar los incumplimientos de pago parciales, intermitentes y reiterados, que no siendo muy graves en un principio degeneran a la larga en un importante gravamen para el ejecutante, obligándole a elegir entre instar la ejecución forzosa de forma continua con el consiguiente perjuicio que ello supone, o aceptar la situación para evitar el proceso de ejecución.

2. PACTOS RELATIVOS A CUSTODIA Y RÉGIMEN DE VISITAS CON MENORES

Las medidas judiciales relativas a custodia de menores y régimen de visitas con el progenitor no custodio son, sin duda, las más necesitadas de mecanismos de astringencia que fomenten el cumplimiento de la medida en sus propios términos, siempre en beneficio del menor.

Para evitar los incumplimientos derivados de la guarda y régimen de visitas de menores la LEC 1/2000 introduce un sistema de coerción en las especialidades 2.^a y 3.^a del art. 776 de la LEC, que penaliza en igual medida los incumplimientos producidos por el progenitor custodio, y por el no custodio.

Así resulta que al amparo de la especialidad 2.^a del art. 776, cabe penalizar los incumplimientos derivados del régimen de visitas por medio de apremios patrimoniales periódicos o únicos. Y cabe también, al amparo de la especialidad 3.^a del mismo artículo, fijar una modificación del régimen de guarda o visitas ante incumplimientos reiterados.

Este sistema bien puede extenderse a los pactos realizados en Convenio Regulador, estableciendo en virtud del art. 709.4 de la LEC un sistema de apremios económicos que garantice/penalice el cumplimiento/incumplimiento del régimen de visitas por parte del progenitor custodio (auténtico caballo de batalla). Para desarrollar la tercera especialidad (amenaza de modificación de régimen de custodia o visitas), se sugieren aquellas situaciones en las que un progenitor se compromete a someterse a tratamiento de deshabituación de sustancias tóxicas, fijándose en el convenio regulador una limitación de las visitas si no lo cumple.

La protección de la familia y de los hijos menores impone la intervención e informe del Ministerio Fiscal para la adopción de cualquier medida, de carácter similar a las establecidas en el art. 776.2.^a y 3.^a de la LEC, que pueda fijarse para garantizar el cumplimiento de los acuerdos sobre custodia, visitas u otros efectos que afecten a menores (incluido lo procedente sobre sus necesidades económicas y de alojamiento), ya que su validez está sujeta al informe favorable del Ministerio Público plasmado en la Sentencia aprobatoria del convenio regulador en cuestión.

Sin embargo, una vez producida la homologación judicial, predominará el contenido privado de tales pactos, y por ello en caso de apremios económicos el importe de la multa o penalización se entregaría al ejecutante.

Algunos ejemplos:

— *El entorpecimiento por parte del progenitor custodiantes respecto de las comunicaciones, visitas y estancias de los menores con el progenitor no custodio, se penalizará con una multa mensual de xxx €, a favor de éste, que se mantendrá mientras dure el incumplimiento, sin renuncia a los demás efectos legales derivados de una eventual ejecución forzosa.*

— *El régimen de visitas de la menor con el padre, se llevará a cabo comprometiéndose éste a someterse a tratamiento de desintoxicación de sustancias psicotrópicas, debiendo acreditarlo en el momento oportuno, aportando en el Juzgado un informe clínico cada seis meses durante un año. En tanto en cuanto D. ..., no se someta a tratamiento de desintoxicación, el régimen de visitas con su hija menor se limitará a sábados o domingos alternos de 11 a 15 horas, en presencia del familiar o profesional que designen los progenitores.*

3. PACTOS RELATIVOS A OBLIGACIONES NO ECONÓMICAS DE NATURALEZA PERSONALÍSIMA

Los arts. 709.4 y 776.2.^a de la LEC, en relación con los arts. 1152 y 1153 del CC, permiten garantizar en el convenio regulador los pactos relativos al uso

del domicilio familiar, entrega de bienes entre los cónyuges, acuerdos sobre administración de bienes comunes y todos aquellos que con las anteriores características puedan derivarse de un proceso matrimonial, disponiendo expresamente la penalización aplicable si no se cumple de forma voluntaria lo acordado, mediante apremios económicos cuya cuantía y periodicidad se atengan a lo dispuesto en los arts. 709 y 711 de la LEC.

Cuando las medidas o acuerdos correspondientes no afecten a menores, se pueden establecer de antemano en el convenio regulador las coerciones adecuadas para reforzar el cumplimiento voluntario y en sus propios términos de la medida acordada. En otro caso (por ejemplo, si el desalojo de la vivienda familiar afecta a menores), también la medida de coerción-penalización estará sometida al visto bueno del Fiscal, para su aprobación.

Resulta especialmente útil en pactos donde se establece que transcurrido un tiempo determinado de atribución del uso del domicilio familiar a uno de los cónyuges, éste debe desalojarlo. Aquí cabe establecer una penalización económica única, o un sistema de penalizaciones periódicas que se mantengan hasta el efectivo desalojo, cuyo importe en uno y otro caso se ajustará a las disposiciones del art. 711 de la LEC, y servirá para indemnizar al ejecutante por las consecuencias del incumplimiento.

VI. CONCLUSIONES

La ejecución forzosa debe evitarse a toda costa en procesos matrimoniales y de menores. El incumplimiento de los pronunciamientos de medidas contenidos en las Sentencias y Autos de estos procesos ocasiona un perjuicio difícilmente evaluable en términos económicos, e inestimable en términos familiares y sociológicos.

El carácter predominantemente personalísimo y de cumplimiento periódico de las medidas derivadas de procesos matrimoniales dificulta extraordinariamente su ejecución forzosa, haciéndola tan larga y complicada en lo procesal como gravosa en lo personal y familiar.

Para aliviar esta difícil situación sólo cabe fomentar el cumplimiento voluntario, en los propios términos, de la resolución judicial.

El art. 709.4 de la LEC, plenamente aplicable a los procesos matrimoniales por la remisión expresa al Libro III que efectúa el art. 776 de la LEC, establece la posibilidad de sustituir las medidas de coerción económica (multas coercitivas) contenidas en sus párrafos 1, 2 y 3 para lograr el cumplimiento personalísimo, por las disposiciones expresas que al efecto contenga el propio título ejecutivo.

La especialidad de las materias que han de regularse en los procesos matrimoniales limitan en los de mutuo acuerdo los pactos del convenio regulador

correspondiente, con arreglo a lo establecido en los arts. 90 y 91, y 154 a 161 del CC, de tal forma que únicamente serán aprobados por el Juez y el Fiscal, en su caso, si están adoptados atendiendo al beneficio de los menores y no perjudican gravemente a los cónyuges.

Fuera de las anteriores limitaciones y de las generales de todo contrato, y en observancia de lo dispuesto en el art. 709.4 de la LEC, pueden establecerse en convenio regulador las medidas de coerción-penalización que resulten adecuadas para garantizar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados en el mismo, y/o para liquidar las consecuencias del incumplimiento, adaptando las disposiciones de los arts. 1152 y 1153 del CC a las del art. 776 de la LEC y concordantes.

Y todo ello con grandes dosis de sentido común, que es la norma más importante de estos procedimientos, y la más ausente.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tribunal Constitucional, Sala 1.^a, Sentencia n.º 144/2003, de 14 de julio.

Ponente: Excma. Sra. D.^a María Emilia Casas Baamonde

Vulneración del derecho a no discriminación por razón del sexo al atribuirle la guarda y custodia de los hijos a la madre basada en un precepto del Código Civil que se derogó por la Ley 11/1990, de 15 de octubre.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a María Ángeles F. M. solicitó del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de La Carolina la adopción de medidas provisionales previas a la interposición de la demanda de separación matrimonial respecto de su esposo D. Iván, solicitud que, tramitada con el núm. 141/99, fue resuelta mediante Auto de 14 de diciembre de 1999 en el que, junto a la separación provisional de los cónyuges y otras medidas, se acordó atribuir la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio (Noelia H.F., a la sazón de dos años de edad) al Sr. H., compartiendo ambos progenitores la patria potestad y establecer un régimen de visitas a favor de la señora F.
- Con fecha 24 de enero de 2000 se interpusieron sendas demandas de separación conyugal por parte de la Sra. F. y del Sr. H., que se tramitaron de forma conjunta ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de La Carolina (autos de separación matrimonial núm. 12-2000), siendo dictada Sentencia el 26 de mayo de 2000 por la que se acuerda la separación de los esposos y se otorga la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio al Sr. H., compartiendo ambos progenitores la patria potestad, estableciéndose asimismo un régimen de visitas a favor de la madre y fijándose el importe de la pensión alimenticia a cargo de la madre en 10.000 pesetas mensuales.
- D.^a M.^a Ángeles interpuso recurso de apelación contra la Sentencia del Juzgado, recurso cuyo conocimiento correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén y que fue estimado mediante Sentencia de

29 de septiembre de 2000 en la que se acuerda revocar parcialmente la de instancia en el sentido de otorgar la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio a la madre, estableciéndose un régimen de visitas a favor del padre y una pensión alimenticia a cargo de éste por importe de 40.000 pesetas. En el fundamento de Derecho primero de la Sentencia de la Audiencia se justifica el cambio en el régimen de la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio en que no se había acreditado la concurrencia de algún motivo de suficiente entidad como para privar a la madre de la guarda y custodia de una niña de tan corta edad, disponiendo el art. 159 CC, según afirma la Audiencia, que “si los padres vivieren separados y no decidiesen de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo”.

- D. Iván preparó recurso de casación contra la anterior Sentencia, que le fue notificada el 2 de octubre de 2000, siendo denegada la preparación del recurso por la Audiencia mediante Auto de 17 de octubre de 2000.
- D. Iván interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Constitucional que acordó retrotraer las actuaciones procesales al momento anterior a la vista para que la Audiencia Provincial dictase nueva sentencia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El demandante de amparo invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y del derecho a no ser discriminado por razón de sexo (art. 14 CE). Sostiene que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén vulnera el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho al acordar la guarda y custodia de la hija menor a favor de la madre aplicando el art. 159 CC en su redacción anterior a la modificación introducida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, decidiendo así el caso mediante la aplicación de una norma derogada. El precepto derogado, que injustificadamente se ha aplicado, fue precisamente modificado por entender que establecía una discriminación por razón de sexo al disponer que “si los padres vivieran separados y no decidiesen de común acuerdo, los hijos e hijas menores de siete años quedarán al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo”. En su

nueva redacción establece: “Si los padres vivieran separados y no decidiesen de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad”. Al aplicar ahora el precepto derogado se habría producido asimismo una discriminación por razón de sexo en perjuicio del padre contraria al art. 14 CE. En consecuencia, el demandante pretende que se otorgue el amparo, anulando la Sentencia impugnada y reconociendo el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva y a no ser discriminado por razón de sexo. Por otrosí solicita que se acuerde la suspensión de la ejecución de la Sentencia.

El Ministerio Fiscal interesó el otorgamiento del amparo solicitado mediante escrito registrado en este Tribunal el día 29 de mayo de 2003, señalando a tal efecto el mismo que: “aunque el demandante invoque

también la vulneración del art. 14 CE, el objeto de la pretensión de amparo se ciñe a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por aplicar una norma derogada para resolver la cuestión (el art. 159 CC, en su redacción anterior a la Ley 11/1990), de suerte que la vulneración del art. 14 CE tiene directamente su origen en la aplicación de la norma en cuestión, por lo que no resulta entrar a examinar esta vulneración si se estima la queja relativa a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Y esta queja debe ser estimada, sostiene el Fiscal, porque en efecto la pretensión deducida en el proceso fue resuelta aplicando una norma, el art. 159 CC, en su redacción anterior a la Ley 11/1990, que establecía una preferencia a favor de la madre para que le fuera confiado el cuidado de los hijos menores de siete años en el caso de que los padres vivieran separados y no decidiesen de común acuerdo cuál de ellos habría de ocuparse de los mismos. A partir de la modificación operada por la Ley 11/1990, dictada precisamente, como dice su título, en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo, el art. 159 CC prescribe que el Juez decidirá siempre en beneficio de los hijos a cual de los dos progenitores habrá de confiar el cuidado de los mismos, por lo que desaparece cualquier preferencia que, por razón de la edad de los hijos, pudiera corresponder a la madre conforme a la redacción anterior del precepto en cuestión. Estamos así ante la selección arbitraria o manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente de una norma que resulta decisiva para el fallo (STC 203/1994), que ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, porque la pretensión resuelta mediante la aplicación de una norma derogada no ha recibido una respuesta fundada en Derecho, sino solamente una mera apariencia de resolución que es incompatible con los postulados de seguridad jurídica, de vinculación a la Ley y de proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos que se contienen en el art. 9.3 CE. En consecuencia, concluye el

Fiscal interesando que se dicte Sentencia otorgando el amparo solicitado, declarando que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante, anulando la Sentencia impugnada y ordenando la retroacción de las actuaciones al momento de dictarse la Sentencia anulada para que en su lugar se dicte otra por la Audiencia Provincial de Jaén que sea respetuosa con el derecho fundamental lesionado.

Constituye reiterada doctrina constitucional que la selección de las normas aplicables, así como el análisis de su vigencia y derogación, corresponde en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 117 CE, de suerte que el control por parte de este Tribunal de la selección de la norma aplicable sólo podrá producirse, en términos generales, si se ha tratado de una decisión arbitraria, manifiestamente irrazonable o si ha sido fruto de un error patente (SSTC 90/1990, de 23 de mayo, FJ 4; 233/1991, de 10 de diciembre, FJ 4; 55/1993, de 15 de febrero, FJ 5; 245/1993, de 19 de julio, FJ 5; 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 4; 151/2001, de 2 de julio, FJ 5; 52/2003, de 17 de marzo, FJ 4, entre otras muchas). Tal acontece cuando se aplica una norma derogada que resulta decisiva para el fallo, lo que “convierte en irrazonable la elección de la norma aplicable, de tal manera que no puede afirmarse que estemos ante una decisión fundada capaz de satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 CE” (STC 203/1994, de 11 de julio, FJ 3). Y es que, como recuerda la STC 99/2000, de 10 de abril, FJ 6, “el derecho de tutela judicial efectiva exige que las resoluciones judiciales al decidir los litigios sean fundadas en Derecho, y ese fundamento desaparece cuando con total evidencia se omite la consideración de la norma aplicable, y se decide mediante la aplicación de normas que han perdido su vigencia”.

La aplicación de la doctrina expuesta al caso enjuiciado conduce a la conclusión de que la Sentencia que se impugna ha vulnerado en efecto el derecho a la tutela judicial

efectiva (art. 24.1 CE) del demandante de amparo, por cuanto la Audiencia Provincial de Jaén hace descansar la *ratio decidendi* de su decisión de otorgar la guarda y custodia de la hija menor del matrimonio a la madre en la aplicación al caso de una norma derogada, el art. 159 CC en su redacción anterior a la modificación introducida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

En efecto, antes de la reforma introducida por la Ley 11/1990, el art. 159 CC establecía que en caso de separación y a falta de acuerdo de los padres, los hijos e hijas menores de siete años quedasen al cuidado de la madre, salvo que el Juez, por motivos especiales, proveyere de otro modo. Sin embargo, a partir de la modificación operada por la Ley 11/1990 (en vigor muchos años antes de iniciarse el proceso en que se ha dictado la Sentencia impugnada en amparo) el art. 159 CC prescribe que el Juez decidirá siempre en beneficio de los hijos a cuál de los dos progenitores habrá de confiar el cuidado de los menores, por lo que desaparece cualquier preferencia que, por razón de la edad de los hijos, pudiera corresponder a la madre en ese cuidado conforme a la redacción anterior del precepto en cuestión. Es pertinente recordar que, precisamente como consecuencia de dicha reforma legal, nuestro ATC 438/1990, de 18 de diciembre, declaró extinguida por desaparición sobrevenida de su objeto la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el art. 159 CC en su redacción anterior por posible discriminación contraria al art. 14 CE. En el ATC 438/1990, FJ 1, se razonó que “con la modificación operada por la Ley 11/1990, el legislador ha eliminado de la redacción del citado precepto aquello que el Juzgado consideró posiblemente inconstitucional, la preferencia en favor de la madre del cuidado de los hijos e hijas menores de siete años en caso de separación de los padres y a falta de mutuo acuerdo entre los mismos, preferencia que ha sido suprimida en la nueva redac-

ción que establece la Ley 11/1990, dictada, según su Preámbulo, con el fin de ‘eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduran en la legislación civil y perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de igualdad’, consagrado en el art. 14 de la norma fundamental”; razonamiento en el que se insiste en el ATC 203/1991, de 1 de julio, FJ 3, al reiterar que el sentido introducido por la reforma operada por la Ley 11/1990 fue el de “eliminar todo atisbo de discriminación —que se podría materializar al atribuir a la madre la custodia hasta determinada edad— dejando al Juez que actúe en orden a decidir el cuidado y la guarda de los hijos con libertad de criterio y plena independencia, pero con sujeción al principio rector que es el derecho preferente del niño”.

Pues bien, como queda expuesto, la Sentencia impugnada aplica al caso del demandante de amparo el precepto derogado, citado literalmente en el fundamento de Derecho primero, y con este fundamento resuelve atribuir la guarda y custodia de la menor a la madre y no al padre, revocando en este sentido la Sentencia de instancia. Como señala el Ministerio Fiscal, la *ratio decidendi* de la atribución del cuidado de la niña a su madre estriba en la aplicación del art. 159 CC conforme a la redacción anterior a la reforma introducida por la Ley 11/1990, ya que, aunque es cierto que en el fundamento de Derecho primero de la Sentencia se menciona que el principio del *favor filii* que inspira la regulación de las relaciones paterno-filiales contenida en los arts. 154.2 y 156 CC es el criterio que debe inspirar igualmente las decisiones judiciales en la materia y, conforme al mismo, nada impide que el cuidado de los hijos, cualquiera que sea la edad que tengan, pueda atribuirse a la madre, no lo es menos que en el mismo fundamento jurídico citado, además de mencionar y transcribir el art. 159 CC en su anterior redacción, se afirma que para poder privar a la madre del cuidado de la hija menor de edad es necesario acreditar la concurrencia

de “algún motivo de suficiente entidad”, que para la Audiencia no ha quedado acreditado. De esta manera, aun cuando también se afirme en el mismo fundamento jurídico que el padre, por razón de su trabajo, no puede ocuparse personalmente de atender a su hija durante muchas horas del día, no es tal el motivo de la decisión adoptada, como lo revela el hecho de que se reconozca a ambos progenitores la capacidad adecuada para cuidar de su hija y, sobre todo, que se considere que “la figura de la madre, desde un punto de vista psicológico es de gran importancia, sobre todo a una edad tan temprana”, y que los cuidados que la madre puede dispensar a una niña de tan corta edad “nunca pueden ser sustituidos por otras personas, tales como niñeras, por muy eficientes y cumplidoras que sean”.

Dicho de otro modo, nada impide que, valorando las circunstancias concurrentes en el caso y siempre atendiendo al interés prevalente de la menor, el órgano judicial pueda decidir a cuál de los progenitores ha de atribuirse el cuidado de aquélla, decisión que podrá, en su caso, recaer a favor de la madre, siempre que la *ratio decidendi* de la resolución judicial se fundamente en una apreciación del acervo fáctico que permita concluir razonablemente que esa decisión es la más beneficiosa para la menor y no en una pretendida preferencia legal en razón de la edad de la menor que el propio legislador abolió mucho antes de iniciarse el proceso en que ha sido dictada la Sentencia impugnada.

En definitiva, la aplicación de una norma derogada a la fecha en que se sustanció el proceso ha sido determinante para la decisión adoptada en la Sentencia impugnada de atribuir la guarda y custodia de la hija me-

nor del matrimonio a la madre, lo que evidencia la falta de razonabilidad de su fundamentación, al prescindir del Derecho vigente, conforme al cual, por exigencias de los arts. 9.3 y 117.1 CE, debía haber decidido la cuestión. La Sentencia no puede ser considerada, por tanto, “expresión del ejercicio de la justicia, sino simple apariencia de la misma” (STC 148/1994, de 12 de mayo, FJ 4), pues la resolución de la pretensión deducida mediante una selección arbitraria y manifiestamente irrazonable del Derecho aplicable como lo es la aplicación de una norma derogada no satisface el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Por otra parte, la aplicación del precepto derogado vulnera asimismo el art. 14 CE, al restablecer de este modo el órgano judicial una discriminación por razón de sexo que el propio legislador había eliminado mediante la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que modificó por tal motivo la redacción del art. 159 CC en la versión que ha sido aplicada por la Sentencia impugnada, sin necesidad de mayor argumentación al respecto dado lo expuesto en el fundamento jurídico anterior.

Por consiguiente, la demanda de amparo ha de ser estimada y, para restablecer en la plenitud de su derecho al demandante, debemos anular la Sentencia recurrida y disponer la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la vista, a fin de que por la propia Sección Primera de la Audiencia Provincial de Jaén se pronuncie, con plenitud jurisdiccional y teniendo siempre en cuenta el interés prevalente de la menor, nueva sentencia en el recurso de apelación mediante la que se elimine el resultado disconforme con los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a no sufrir discriminación por razón de sexo.

Tribunal Constitucional, Sala 1.^a, Sentencia 166/2003, de 29 de septiembre.

Ponente: Excmo. Sr. D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

Aunque se reconoce que la suegra y propietaria de la vivienda familiar no puede ser parte en el procedimiento matrimonial, al haberse acordado por el juzgado la división material del inmueble, aquélla tiene legitimación para intervenir en la ejecución del auto de medidas provisionales, si bien exclusivamente respecto a la división material y no en cuanto a la atribución del uso.

ANÁLISIS DEL CASO

- El 30 de julio de 1999 doña Manuela P. H. formuló demanda de separación matrimonial contra su marido don José C.M. en la que, además de la separación de los cónyuges, solicitaba, por lo que ahora interesa, las siguientes medidas: “Segunda. La división del domicilio conyugal, con un cerramiento en el patio, para que queden dos viviendas independientes, una con salida a Avda. Extremadura de Santiponce (Sevilla), y la otra a la Avda. de Rocío Vega, pero manteniendo el mismo contador de luz para que toda la familia pueda beneficiarse de las ventajas que la Compañía Sevillana proporciona a sus empleados”; “Tercera. Atribuir a la esposa e hijos del matrimonio el uso y disfrute de la parte trasera del domicilio conyugal con salida a Avda. Rocío Vega, y asimismo atribuir a la esposa el uso y disfrute del mobiliario y ajuar doméstico, salvo los bienes de uso personal del demandado”; “Cuarta. Atribuir al esposo el uso y disfrute de la parte delantera del domicilio conyugal con salida a Avda. Extremadura de Santiponce (Sevilla)”.
- El 4 de noviembre de 1999 el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 (familia), de Sevilla, citó para comparecencia de medidas provisionales en la que el esposo alegó que el domicilio conyugal se encuentra en Sevilla, en Plaza de Otel y lo constituye un piso propiedad del matrimonio, ya que la vivienda de Santiponce, en la que viven desde hace dos años, la ocupan por habérsela cedido sus padres, pues es propiedad de los mismos, de los que sólo vive la madre.
- El 1 de diciembre de 1999 el Juzgado dictó Auto en el procedimiento 667/99 acordando como medidas provisionales, entre otras, “la división del domicilio conyugal, con un cerramiento en el patio, para que queden dos viviendas independientes, una con salida a Avda. Extremadura y la otra a la Avda. de Rocío de Vega, pero manteniendo el mismo contador de luz para que toda la familia pueda beneficiarse de las ventajas que la Compañía Sevillana proporciona a sus empleados. Las obras a realizar para dicha

división habrán de ser sufragadas por mitad entre ambos progenitores. Se atribuye a la esposa e hijos del matrimonio el uso y disfrute de la parte trasera del domicilio conyugal con salida a Avda. Rocío Vega de Santiponce y al esposo el de la parte delantera con salida a Avda. Extremadura de la misma localidad, si bien el ajuar familiar y mobiliario existente en el que fue domicilio conyugal, habrá de ser repartido por mitad entre ambos progenitores, a excepción de los bienes de carácter estrictamente personal de cada uno de ellos y de los hijos que convivan en su compañía en dicha vivienda”.

- Por escrito presentado el 8 de febrero de 2000, con firma de Abogado y Procurador, doña Manuela M.S., madre de D. José C.M. y suegra de D.^a Manuela P.H., solicita se la tenga por parte en el procedimiento de separación matrimonial 667/99 y, asimismo, formula oposición a la ejecución del Auto de medidas provisionales de 1 de diciembre de 1999, alegando, en síntesis, lo siguiente: 1) Que el Auto a cuya ejecución se opone ordena realizar obras de división material de la finca urbana situada en Avda. de Extremadura de Santiponce, y adjudica el uso y disfrute de una mitad a doña Manuela P.H. y de la otra mitad a don José C.M.; 2) Que la referida finca es propiedad ganancial suya, perteneciéndole el pleno dominio de su mitad indivisa y de la otra mitad tiene el usufructo vitalicio. Ello es así, porque fue su difunto esposo, don José C.G., quien adquirió el solar sobre el que está edificada la casa al Ayuntamiento de Santiponce el 5 de diciembre de 1947, acompañando copia del contrato de compraventa suscrito en su día. Aduce que está legitimada para ser parte en el proceso “hasta obtener la declaración de que la casa de que se ha dispuesto es de su propiedad, y debe restituírsele en el mismo estado en que se encontraba antes de la iniciación de las obras incontinentas, o bien, obtener parcialmente la revocación del Auto de medidas, y remitir a las partes intervinientes, incluso a mi representada, al juicio declarativo que corresponda por su cuantía, en lo relativo al asunto o a la propiedad de la casa de mi mandante”. Termina suplicando que se revoque o anule el Auto de medidas “en lo relativo a la realización de obras en la casa situada en Avda. de Extremadura núm. 25 de Santiponce y reparto de la misma entre los cónyuges, por ser propiedad de mi mandante, o anulando las actuaciones y retrotrayéndolas a la comparecencia de medidas, por haberse dictado el Auto, que afecta a los derechos e intereses de mi mandante, *inaudita parte*, sin haber sido emplazada, citada ni oída, y en todo caso, sea restituida a mi representada la citada casa, en el mismo estado en que se encontraba antes de la iniciación de las obras incontinentas por doña Manuela P. H., y finalmente remitir a las partes intervinientes al juicio declarativo que corresponda por su cuantía, en lo relativo al usufructo vital y propiedad de la repetida casa”.

- El Juzgado, por providencia de 14 de febrero de 2000, notificada el 21 de febrero de 2000, acordó unir a los autos el escrito y documentos presentados por doña Manuela M.S. “y en su vista, no ha lugar a tenerle por personado en las actuaciones por no ser ... parte legítima en este procedimiento”.
- D.^a Manuela interpuso recurso de reposición contra la providencia de 14 de febrero de 2000 alegando, en síntesis, que la finca que el Auto de medidas provisionales ordena dividir es propiedad de la recurrente en su mitad indivisa y sobre la otra mitad indivisa tiene el usufructo vitalicio, por tratarse de una finca ganancial ya que su difunto esposo compró el solar el 5 de diciembre de 1947, y poco después el Ayuntamiento, el 21 de marzo de 1950, otorgó la licencia de obras, como consta en las actuaciones. Afirmaba que, con independencia de si es o no parte en el proceso de separación matrimonial, estaba legitimada para oponerse a lo acordado en el Auto de medidas provisionales para defender su derecho de propiedad y de herencia ya que dicho Auto la despoja de sus bienes sin oírla, infringiendo la providencia recurrida los arts. 741 y siguiente de la Ley de enjuiciamiento civil (de 1881) por cuanto los terceros pueden oponerse a la ejecución por medio de un incidente, cuando en la ejecución no fueron parte, citándose igualmente el art. 24 CE, por la indefensión sufrida.
- El Juzgado, por providencia de 29 de febrero de 2000, notificada el 6 de marzo de 2000, acordó “no ha lugar a tener por interpuesto recurso de reposición contra la providencia de 14 de febrero de 2000, por no ser parte legítima en el presente procedimiento”.
- D.^a Manuela M. S. interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional reconociéndole el derecho a personarse en la ejecución del auto de medidas provisionales que acordó la división material del inmueble.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Alegaciones de la recurrente de amparo.

La demanda denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión que, a juicio de la recurrente, se ha producido porque el Juzgado ha negado su derecho al acceso a la jurisdicción resolviendo sobre sus bienes y derechos sin haber sido oída, dado que ejercitó una pretensión dirigida a defender sus derechos patrimoniales sobre la casa que el Auto de

medidas provisionales adjudica a su hijo y a su nuera, ordenando dividir mediante el levantamiento de un muro creando dos viviendas.

2. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal se opuso al otorgamiento del amparo. Tras exponer una relación de los hechos y la cita de la STC 311/2000, entiende que en el presente supuesto el órgano judicial impidió a la ahora demandante la personación y la oposición al

Auto de medidas provisionales que se habían adoptado en el proceso de separación entablado entre su nuera y su hijo, basándose en las normas procesales existentes; estas normas limitan la legitimación en estos supuestos a las partes legítimas del proceso matrimonial de que se trata, en este caso de separación. Es obvio que la demandante no ostenta ni pretende esta condición, por lo que la resolución judicial no puede tildarse de arbitraria, al basarse en la normativa legal existente. La recurrente parte de un entendimiento erróneo del objeto de las resoluciones judiciales de las que se duele, cual es sostener que el Auto de medidas provisionales, y concretamente la determinación del uso del domicilio conyugal, supone el otorgamiento o la creación de un nuevo título sobre el bien inmueble sobre el que recae, bien inmueble del que afirma ser propietaria, y disfrutar los cónyuges en cuestión en precario; ello no es cierto, por cuanto las resoluciones judiciales, se limitan únicamente en estos supuestos a determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, el uso de la vivienda familiar. Que la recurrente no niega que con anterioridad a la separación la vivienda en cuestión constituía el domicilio conyugal y que la relación en virtud de la cual los cónyuges residían en el inmueble es por completo ajena al proceso matrimonial, y por ello sujeta a la normativa general que regule tal relación sea ésta la que sea. Los terceros ajenos a los cónyuges que ostenten cualquier derecho respecto a los inmuebles que constituyen el domicilio conyugal no ven alterados en modo alguno sus derechos por el extremo de que el uso de los mismos sean atribuidos a uno u otro cónyuge; su relación es inmune y ajena a tal decurso procesal. El ordenamiento jurídico pone en manos de la demandante las vías pertinentes para defender los derechos que dice ostentar al afirmar ser la propietaria del inmueble y ser precaristas ambos cónyuges, sin que las mismas sufran merma o dificultad alguna añadida por el proceso matrimonial entablado. Por ello la afirmación de despojo que se dice habida aparece como claramente inexistente.

La pretensión de la parte de personación en las medidas provisionales, que habrían de transmutarse en el procedimiento declarativo pertinente, al objeto de que se dilucidase la propiedad del inmueble, aparece como totalmente inmotivada y ajena a la naturaleza de las mismas, que se circunscriben a tutelar los intereses de los hijos y el superior interés familiar, tras la presentación de la demanda de separación, a falta de acuerdo de los cónyuges, y de forma provisional, finalidad que no podrían cumplir si se accediese a lo pretendido, interés de los hijos e interés familiar, a cuya salvaguardia tales medidas tienden y que en modo alguno puede desconocerse. La decisión del órgano judicial no impide a la demandante su acceso a la jurisdicción a través de la vía procesal que estime adecuada para la defensa de sus intereses legítimos, intereses que en modo alguno han sido afectados por las resoluciones cuestionadas y que mantiene incólumes. El derecho a la tutela no genera ningún derecho de acción concreta que permita sin más acceder a un proceso determinado, sólo se adquiere de acuerdo con la ley y ha de ejecutarse en la forma y con los requisitos legalmente establecidos, lo que no ocurre en el supuesto de autos, en el que la pretensión actuada por la demandante, aparece como totalmente ajena al especialísimo objeto del mismo.

La atribución de la vivienda familiar a los hijos y el cónyuge con el que queden, está prevista en el Código civil, y al constituir el inmueble en cuestión la vivienda familiar, tal atribución es la prevista legalmente, *ex art. 96 CC*, como así han reiterado las distintas resoluciones judiciales dictadas en el proceso de separación, dándose la circunstancia de que en el presente caso, por la propia configuración del inmueble que admitía una fácil separación, para transformarlo en dos viviendas independientes, ambos cónyuges continúan residiendo en él. La postura de la ahora demandante, enteramente coincidente con la de su hijo en el proceso de separación, tendente a que su nuera y sus

nietos abandonasen el inmueble y se trasladasen a otro, sito en otra localidad y que hacía varios años había constituido el domicilio conyugal, basada tal pretensión en la titularidad del inmueble en su pertenencia a la ahora demandante, ha sido examinada con reiteración por los órganos judiciales tanto en instancia como en apelación, al haber sido sostenida por el hijo de la demandante frente a su esposa en el proceso conyugal, y ha sido rechazada con identidad de criterios tanto por el Juez de familia como por la Audiencia Provincial, por constituir tal vivienda el domicilio conyugal y estar limitada la cognición en los procesos matrimoniales a la atribución del uso de dicho domicilio, a los hijos y al cónyuge que con ellos convivía, permaneciendo fuera de dicho especialísimo proceso, las controversias de terceros frente a los cónyuges o a la sociedad conyugal. En tales procesos se atribuye el uso de la vivienda y el ajuar doméstico a uno de los cónyuges, atendiendo al uso que se detente en el momento inmediatamente anterior al de entablarse el proceso, sin que en los mismos se examine la legitimidad de tal uso, esto es si los bienes están pagados, si pertenecen a terceros a los que fuese sustraídos, y sin que en tales procesos matrimoniales se dé entrada para participar en los mismos a cualesquiera que afirmen ostentar o que ostenten cualquier derecho a reclamar sobre los mismos, y sin que, por el contrario, en virtud de tal atribución que podría efectuarse de mutuo acuerdo por los cónyuges, puedan estos fraudulentamente pretender crear *ex novo* un nuevo título sobre los mismos, para garantizarse su irrevindicabilidad. La parte no se duele de que la respuesta judicial al denegarle la personación y por ello la capacidad de recurrir el auto de medidas provisionales haya sido parco o escasamente motivada, tampoco alega que desconozca las causas legales en que ha podido sustentarse tal vez según se expuso, por su obviedad. La parte se duele en exclusividad de una actuación judicial sobre sus bienes de la que afirma no ha podido defenderse, pretendiendo personarse

en las actuaciones para reivindicar su propiedad inmobiliaria y las facultades a ella inherentes, pero ello no constituía el objeto de la litis, y además fue amplia y reiteradamente expuesto por su hijo en el proceso, lo que motivó su examen y rechazo por los órganos judiciales y, propiedad inmobiliaria que en modo alguno ha sido afectada por las resoluciones judiciales, como el propio actuar de la parte tendente al desalojo de la vivienda corrobora, desalojo que luego abandonó por causas que no se explican en la demanda, y que se inició ostentando el referido inmueble la misma condición legal al decir de la parte.

3. Alegaciones de la esposa a la que se le concedió el uso de la vivienda.

D.^a Manuela P. H. se opone al amparo solicitado. Alega, en primer lugar, que el escrito de demanda no reúne las exigencias mínimas de claridad y concisión en la exposición de los hechos que fundamentan el recurso. Afirma, asimismo, que el recurso no cumple el requisito establecido por el art. 44.1.a) LOTC toda vez que no se han agotado los recursos utilizables dentro de la vía judicial. El Juzgado inadmitió a trámite el recurso de reposición interpuesto por la recurrente contra la providencia de 14 de febrero de 2000, inadmisión que se instrumentó mediante la providencia de 29 de febrero. Ahora bien, contra dicha providencia de inadmisión procedía también el recurso de reposición para denunciar las infracciones de normas procesales que amparaban, a juicio de la recurrente, su legitimación activa en el litigio, recurso de reposición que necesariamente tenía que haber sido resuelto, de haberse planteado, mediante Auto, que habría abierto la vía de la apelación a la recurrente. Sin embargo, ésta dejó firme la providencia de 29 de febrero sin agotar los recursos procedentes en vía judicial, interponiendo la demanda de amparo sin cumplir el requisito exigido en el art. 44.1 a) LOTC. No obstante, si la recurrente consideraba que la inadmisión a trámite de la reposición

tenía que haberse instrumentado mediante Auto, ello no le impedía haber interpuesto el correspondiente recurso, recurso que, al tratarse formalmente de una providencia, podía ser el de reposición, fundamentado en que debía revestir la forma de Auto, dado su contenido. Asimismo podía haber interpuesto recurso de apelación dado que materialmente debía ser un Auto, y caso de no admitir la apelación, podía haber recurrido en queja. Además, en cualquier caso, podía haber promovido el incidente de nulidad previsto en el art. 240.3 LOPJ, por no haberse dictado en forma de Auto y por generarle indefensión, lo que tampoco llevó a cabo la recurrente, por todo lo cual debe declararse la improcedencia del recurso de amparo.

Finalmente, en cuanto al apartado III de la demanda de amparo, la recurrente carece de legitimación para interponer el amparo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 46.1 b) de la referida Ley Orgánica, puesto que no ha sido parte en el proceso judicial del que trae causa el presente recurso, ni estaba legitimada para serlo. La demanda que se impugna se basa en un presupuesto procesal inexistente, cual es el de la falta de *litis consorcio* pasivo necesario en el procedimiento de medidas provisionales, por entender que la recurrente en amparo, madre del esposo, debió ser oída antes de dictarse las medidas, y ello porque en las mismas estaba en juego el derecho de propiedad y de usufructo que dice ostentar la demandante sobre el domicilio conyugal, que esta parte niega expresamente. Ello implica un desconocimiento de la naturaleza de los procesos de separación y divorcio y de los derechos que en ellos se dilucidan. Este desconocimiento lleva a la recurrente a afirmar, que “esta parte considera está legitimada para ser parte en el proceso hasta obtener la declaración de que la casa de que se ha dispuesto es de su propiedad”, lo que evidentemente no puede declararse en un proceso de separación. En efecto, aun en la hipótesis, que se rechaza, de que la recurrente fuera propietaria del bien cuyo uso se ha atribuido a la esposa e hijos,

sus derechos dominicales no se verían afectados por las medidas provisionales adoptadas por el Juzgado de familia, ya que una cosa es el derecho personal de uso de la vivienda familiar del art. 96 CC, y otra muy distinta el derecho real de uso del art. 523 CC o las prohibiciones de disponer de la Ley hipotecaria, quedando fuera de toda discusión el acceso al Registro de la Propiedad del derecho de uso del art. 96 CC, cuando el titular de la vivienda sea un tercero ajeno a la relación conyugal, por lo que en modo alguno podría afectar a los derechos dominicales de la recurrente, ni podría concurrir por tanto el *litis consorcio* pasivo necesario de la misma en el proceso matrimonial de separación, cuya naturaleza impide la intervención, como parte, de personas ajenas a la relación conyugal.

En este mismo sentido, ya se pronunció la Audiencia Provincial de Sevilla en Sentencia de 9 de mayo de 2001, por la que se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el hijo de la recurrente en amparo, don José C. M., contra el Auto de 22 de marzo de 2000. En dicho Auto el Juzgado resolvió el recurso de reposición interpuesto por el Sr. C. contra la providencia de 14 de febrero de 2000 por la que no se admitió la personación de la recurrente. Pues bien, la Sala desestima la apelación del Sr. C. “porque la madre del esposo no está legitimada para oponerse a las medidas provisionales reguladoras de la separación matrimonial que sólo afecta a los cónyuges y a sus hijos, sin perjuicio de ejercitar los derechos que estime le corresponde sobre bienes de uso conyugal a través del proceso declarativo que proceda”. Frente a tan evidente conclusión, la recurrente en amparo no ha fundamentado ante el Juzgado de Primera Instancia su pretendida legitimación activa en el proceso de fijación de medidas provisionales. Basta comprobar su primer escrito que transcribe íntegramente en el apartado 5.6 de la demanda de amparo, para ver que no se alega ninguna fundamentación jurídica de su pretendida legitimación activa. Igual-

mente, el escrito de recurso de reposición contra la providencia de 14 de febrero que le niega la legitimación tampoco fundamenta jurídicamente ésta. En consecuencia, si la recurrente no fue parte en el proceso judicial del que trae causa el presente recurso de amparo, ni podía ostentar tal cualidad, por las razones expuestas, es claro que carece de legitimación para interponer la demanda de amparo constitucional, a virtud de lo dispuesto en el art. 16.1 b), ya citado.

La hoy recurrente en amparo se personó en el incidente de oposición al Auto de medidas provisionales, en el que le fue denegada dicha personación. Sin embargo, no intentó dicha personación en el pleito principal de la separación que era el único en el que de forma definitiva se podían adoptar medidas relacionadas con la vivienda de la que dice ser propietaria. En dicho pleito principal se ratificaron las medidas provisionales adoptadas previamente, entre ellas, la atribución del uso por mitad de la vivienda conyugal. Esta Sentencia fue recurrida por el Sr. C., hijo de la recurrente en amparo, la cual tampoco se personó ante la Audiencia Provincial de Sevilla en el trámite del recurso de apelación. La Sentencia de separación dictada por el Juzgado de Primera Instancia fue confirmada íntegramente por la referida Sentencia de la Sala de 9 de mayo de 2001, que se acompaña al escrito. Seguidamente, en junio de 2001, el hijo de la demandante interpuso demanda de divorcio contra doña Manuela P., sin solicitar la modificación de ninguna de las medidas adoptadas por la sentencia firme de separación, por lo que el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Sevilla, mediante Sentencia dictada el día 8 de enero de 2002, ha decretado el divorcio “manteniendo la eficacia de las medidas acordadas en la Sentencia de 2 de junio de 2000, recaída en los autos 667/99”, de los que trae causa el presente recurso de amparo. Es decir, de estimarse la demanda de amparo, habría de tenerse por personada y parte a la recurrente en la pieza separada de medidas provisiona-

les de los autos 667/99, admitiéndose su oposición al Auto de medidas provisionales, en lo relativo a la atribución del uso del hogar familiar. Ahora bien, el citado Auto de medidas, que podría resultar afectado por el otorgamiento del amparo, carece en la actualidad de efectividad alguna, por imperativo de lo dispuesto en el art. 106 CC, al haber sido sustituido por la Sentencia firme de separación y la posterior Sentencia firme de divorcio, recaída a instancias del hijo de la recurrente, sin que ésta haya intentado su personación y oposición a la medida de atribución del uso del hogar conyugal. En consecuencia, careciendo de eficacia la resolución judicial cuya modificación se pretende, tras al otorgamiento del amparo, y subsistiendo la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar a mi mandante y sus hijos, por obra de otras resoluciones judiciales firmes respecto de las cuales nada ha opuesto la recurrente, es claro que la demanda carece de objeto, toda vez que su estimación no produciría efecto jurídico alguno.

Por otra parte, se afirma que su esposo no se opuso en la comparecencia de las medidas provisionales a la medida solicitada en relación con la vivienda familiar, sin que se pueda ahora volver a discutir sobre si la casa de Santiponce era el domicilio conyugal ya que ésto fue analizado y resuelto en el juicio de separación de forma definitiva. Además, la recurrente pretende sostener que es la propietaria de la referida casa pero no ha acreditado este extremo, sin que la demandante del amparo haya sufrido indefensión pues, en todo momento sus tesis fueron sostenidas fraudulentamente por su hijo.

4. Fundamento jurídico del Tribunal Constitucional.

Dados los términos en que viene planteada la demanda, el objeto del presente recurso de amparo se concreta en determinar si las providencias del Juzgado de familia núm. 6 de Sevilla de 14 y 29 de febrero de 2000, por las que se deniega a la solicitante de amparo su pretensión de personación en

el juicio de separación matrimonial seguido entre su hijo y su nuera y la oposición formulada a la ejecución del Auto de medidas provisionales dictado en el mismo, por no ser la recurrente parte legítima en el procedimiento, le ha impedido su acceso a la jurisdicción vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión reconocido en el art. 24.1 CE.

Aduce la recurrente que al considerar el Auto de medidas provisionales como domicilio conyugal de su hijo y su nuera una vivienda que no les pertenece y de la que disfrutaban por haber sido cedida por ella en precario a los esposos, ya que la recurrente es la propietaria de su mitad indivisa y usufructuaria vitalicia de la otra mitad y, más en concreto, al ordenarse, asimismo, en el referido Auto el levantamiento de un muro en el patio con el fin de dividir la casa en dos viviendas independientes adjudicando el uso de una de ellas a la esposa e hijos y la otra al esposo hijo de la recurrente. Se han adoptado unas decisiones que afectaban a sus bienes y derechos sin haber sido oída, lo que vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, razón por la cual interesa en el suplico de la demanda de amparo la nulidad del Auto de medidas provisionales de 1 de diciembre de 1999, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de la celebración de la comparecencia previa a dicho Auto con el fin de que sea citada y pueda ser oída en ella.

Debemos recordar que, como se dijo en la STC 311/2000, de 18 de diciembre (FJ 3), “el primer contenido, en un orden lógico y cronológico, del derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales que reconoce el art. 24.1 CE es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 220/1993, de 30 de junio, FJ 3). No se trata, sin embargo, de un derecho de libertad, ejercitable sin más y di-

rectamente a partir de la Constitución, ni tampoco de un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtener la misma por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal. En cuanto derecho de prestación legal es conformado por las normas legales. Estas determinan su alcance y contenido y establecen los presupuestos y requisitos para su ejercicio, las cuales pueden establecer límites al pleno acceso a la jurisdicción siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (SSTC 140/1993, de 19 de abril, FJ 6, y 12/1998, de 15 de enero, FJ 4, entre otras). De este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por aquellas normas que impongan condiciones impeditivas u obstaculizadoras del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador en el marco de la Constitución (SSTC 4/1988, de 12 de enero, FJ 5; 141/1988, de 29 de junio, FJ 7). También puede verse conculcado el derecho de acceso a la tutela por aquellas interpretaciones de las normas que son manifiestamente erróneas, irrazonables o basadas en criterios que por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquella causa preserva y los intereses que se sacrifican, de forma que la negación de la concurrencia del presupuesto o requisito en cuestión sea arbitraria o irrazonable (por todas, STC 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4 y las en él citadas). La apreciación de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones deducidas corresponde, con carácter general, a los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la función que les es propia *ex artículo* 117.3 CE, no siendo, en principio, función del Tribunal Constitucional revisar la legalidad aplicada. Sin embargo, corresponde a

este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar los motivos y argumentos en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que de forma equivalente elude pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantarse la función que a los Jueces y Tribunales compete para interpretar las normas jurídicas a los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si el motivo apreciado está constitucionalmente justificado y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que se funda. Dicho examen permite, en su caso, reparar en esta vía de amparo, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal, sino también, aun existiendo ésta, la aplicación o interpretación que sea arbitraria o infundada, o resulte de un error patente que tenga relevancia constitucional o que no satisfaga las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 321/1993, de 8 de noviembre, FJ 3; 48/1998, de 2 de marzo, FJ 3 y 35/1999, de 22 de marzo, FJ 4, entre otras muchas). Más concretamente, a propósito de la falta de legitimación activa, este Tribunal Constitucional tiene declarado que, al conceder el art. 24.1 CE el derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, están imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales (SSTC 24/1987, de 25 de febrero, FJ 2; 93/1990, de 23 de mayo, FJ 2; 195/1992, de 16 de noviembre, FJ 2), circunscribiéndose la función de este Tribunal Constitucional a comprobar que las limitaciones establecidas, en su caso, por el legislador en la determinación de los legitimados activamente para hacer valer una pretensión respetan el contenido del derecho a acceder a la jurisdicción y resultan proporcionadas a la consecución de finalidades constitucionalmente

lícitas (STC 10/1996, de 29 de enero, FJ 3; 12/1996, de 20 de enero, FJ 3), así como a censurar aquellas apreciaciones judiciales de falta de legitimación que carezcan de base legal o supongan una interpretación arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva de la disposición legal aplicable al caso contraria a la efectividad del derecho fundamental (SSTC 285/1993, de 4 de octubre, FJ 2, y 34/1994, de 31 de enero, FJ 3, entre otras muchas, y AATC 136/1991, de 30 de abril; 250/1993, de 19 de julio; 252/1993, de 19 de julio). Finalmente, hemos dicho que el art. 24.1 CE impone que cualquier derecho o interés legítimo obtenga tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (SSTC 71/1991, de 8 de abril, FJ 3, y 210/1992, de 30 de noviembre, FJ 3)".

A la luz de la doctrina expuesta procede examinar ahora si la respuesta dispensada por el Juzgado ha vulnerado o no el derecho a la tutela judicial de la demandante del amparo. Para este examen es necesario analizar por separado las dos pretensiones que la recurrente formuló al órgano judicial en el escrito fechado el 7 de febrero de 2000 y que la providencia de 14 de febrero de 2000, posteriormente confirmada por la providencia de 29 de febrero de 2000, rechazó "por no ser parte legítima en el procedimiento".

Así, respecto de la petición de la recurrente en la que solicitaba del Juzgado que se la tuviera por parte en el proceso de separación matrimonial, la denegación de esta pretensión "por no ser parte legítima en el procedimiento" entraña una respuesta que satisface las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, pues, desde el punto de vista formal, aunque contiene una motivación lacónica y concisa, exterioriza la *ratio decidendi* o el fundamento jurídico en que se apoya la decisión y, desde el punto de vista material, supone una respuesta a la pretensión que no puede tildarse de arbitraria ni de manifiestamente irrazonable. El procedimiento matrimonial es un proceso que, por su naturaleza de juicio especial, está limitado al conocimiento de las pretensio-

nes relacionadas con el estado matrimonial (nulidad, separación y divorcio), así como al de aquellas otras medidas personales y patrimoniales derivadas de la ruptura de la relación matrimonial, por lo que legitimados en este procedimiento lo están únicamente los cónyuges a los que afectará la Sentencia que se dicte y, excepcionalmente, en los supuestos en que ello sea posible, las personas que legalmente los representen (STC 311/2000, de 18 de diciembre). En concreto, y por lo que se refiere a las medidas que se adopten en relación con la vivienda familiar la decisión que en esta materia se establezca en el seno de proceso matrimonial, ya sea con carácter provisional (art. 103.2 del Código civil, CC) o definitivo (arts. 91 y 96 CC), se debe establecer atendiendo al interés familiar más digno de protección con el solo objeto de resolver los problemas que plantea la crisis matrimonial y, en principio, sólo vinculará a los cónyuges, sin prejuzgar, por consiguiente, los derechos de contenido patrimonial que un tercero pueda ostentar sobre el inmueble que sirve o ha servido de domicilio conyugal, ya que respecto de estos terceros la resolución que se dicte en el proceso matrimonial no produce los efectos de la cosa juzgada y tiene carácter de *incidenter tantum*.

De lo expuesto se sigue que la ahora recurrente no estaba legitimada para ser parte e intervenir en el juicio de separación matrimonial seguido entre su hijo y su nuera pues, ni reúne la condición de cónyuge del matrimonio litigioso, ni los derechos patrimoniales que la demandante dice ostentar sobre la casa que constituía el domicilio familiar de los esposos litigantes podían verse afectados o perjudicados por la decisión que se adoptase en el proceso matrimonial sobre la atribución del uso de la vivienda familiar de la que aduce que los esposos son meros precaristas por ser ella la propietaria de su mitad indivisa y usufructuaria de la otra mitad, ya que para la defensa y ejercicio de dichos derechos tiene abierta la vía del proceso debido constitucionalmente para este

tipo de derechos, que es el juicio declarativo que corresponda.

En su escrito de 7 de febrero de 2000 la recurrente pedía también que se la tuviera por opuesta a la ejecución del Auto de medidas provisionales por cuanto en él se acordaba realizar obras de división material de la casa que ocupaban su hijo y su nuera, litigantes en el juicio de separación matrimonial, con el fin de formar dos viviendas, allí donde sólo había una, cuyo uso separado se adjudicaba a los esposos litigantes. Alegaba que esta medida al ordenar en la casa unas obras de división modificaba la finca y atribuía un derecho de uso a los esposos que no podía acordarse sin su intervención ya que los cónyuges eran meros precaristas al ser ella la propietaria de la mitad indivisa de la casa y usufructuaria de la otra mitad por lo que suplicaba que se declarase que “la casa de que se ha dispuesto es de su propiedad, y debe restituírsele en el mismo estado en que se encontraba antes de la iniciación de las obras incontinentidas, o bien obtener parcialmente la revocación del Auto de medidas, y remitir a las partes intervinientes, incluso a mi representada, al juicio declarativo que corresponda”.

Hemos de precisar, en consecuencia, si la inadmisión de esta oposición a la ejecución por no ser la recurrente “parte legítima” ha supuesto la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva que se nos invoca.

En relación con el problema que plantea esta queja de amparo, como señalamos en la STC 229/2000, de 2 de octubre, FJ 2, “este Tribunal ya declaró en la STC 85/1991, de 22 de abril, FJ 4, que ‘la ejecución de las Sentencias —configurada legalmente como realización de la resolución judicial en sus propios términos (art. 18 LOPJ)— no sólo forma parte integrante del derecho a la tutela judicial efectiva que el art. 24.1 de la Constitución reconoce, sino que es también un principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico (SSTC 4/1988, 176/1985, entre otras), el cual implica, desde luego, el derecho a un adecuado cumplimiento de lo

declarado en la Sentencia', de modo que este derecho 'presupone que la actividad judicial en la ejecución sólo puede actuar válidamente sobre el patrimonio del condenado'. Así pues, la actividad ejecutiva no puede dirigirse contra persona ajena al fallo (STC 92/1998, de 27 de abril, FJ 7). Y, en el mismo sentido, ya hemos dicho en la STC 314/1994, de 28 de noviembre, FJ 2, que 'el procedimiento de ejecución de las Sentencias en la jurisdicción civil, tiene como destinatarios únicos y únicos protagonistas a las «partes» y más concretamente al 'condenado' en la Sentencia' y que 'en ningún caso cabe derivar la acción ejecutiva hacia personas distintas, ni agravar la condena cuantitativa o cualitativamente, alterando su elemento causal y, por tanto, la calidad por la que fueron condenados, sin destruir la misma esencia de la cosa juzgada, cuya «santidad» en un lenguaje hoy obsoleto refleja no obstante con gran expresividad el respeto absoluto que merece en un Estado de Derecho'''.

En la misma Sentencia, afirmábamos que, "asimismo, este Tribunal tuvo ocasión de declarar en la STC 4/1985, de 18 de enero, que no es conforme al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva restringir la legitimación para intervenir en el proceso de ejecución exclusivamente a quienes hubieran sido 'parte litigante', es decir, a quienes tuvieran la condición procesal de parte demandante o parte demandada en el proceso principal o en el proceso de declaración concluido por la Sentencia o resolución que se trata de hacer efectiva. Así, se afirma en la expresada Sentencia, FJ 2, que el derecho consagrado en el art. 24.1 CE habilita a quienes aleguen ostentar un derecho o interés legítimo que se vería afectado por los actos de ejecución para comparecer en el proceso de ejecución, 'aunque no fueran litigantes en el proceso principal, siempre que ... no hayan podido serlo en éste y aleguen un derecho o interés legítimo y personal que pueda verse afectado por la ejecución que se trate de llevar a cabo'. Por otra parte, y en

relación con lo expuesto, cabe afirmar que los arts. 270 LOPJ y 260.2 LEC, al exigir que las resoluciones judiciales se notifiquen no sólo a las partes procesales sino también a las personas a quienes se refieran o puedan deparar perjuicio, están, en principio, admitiendo implícitamente la posibilidad de que los que no sean parte en el proceso de ejecución puedan interponer contra ellas, cuando no esté previsto otro medio más específico de oposición, los recursos que sean procedentes" (STC 229/2000, de 2 de octubre, FJ 3). Conclusión que, actualmente, también cabe extraer de lo previsto en el vigente art. 150 LEC (Ley 1/2000).

En el presente caso, la recurrente, que alegaba ser propietaria de la mitad indivisa y usufructuaria de la otra mitad de la casa que ocupaban su hijo y su nuera, pretendía oponerse a la ejecución del Auto de medidas provisionales que ordenaba dividir la finca con objeto de formar dos viviendas separadas cuyo uso se adjudicaba a cada uno de los esposos, al considerar que esta decisión no podía realizarse porque perjudicaba sus derechos patrimoniales sobre la finca al ser los esposos unos meros precaristas.

Pues bien, es necesario precisar que la medida acordada por el Juzgado contiene dos pronunciamientos de muy distinto alcance. El pronunciamiento en el que atribuye el uso separado de cada una de las viviendas resultantes a los esposos no afectaba, como hemos visto, a los eventuales derechos de la recurrente ya que si los esposos ocupaban la casa antes del proceso matrimonial como precaristas, el Auto de medidas provisionales que les atribuye el uso separado de las dos viviendas en que se ordena dividir la finca no puede alterar dicha condición de meros precaristas ni perjudicar los derechos de la recurrente que podrá hacer valer en el procedimiento declarativo correspondiente frente a los esposos a fin de obtener la declaración sobre la existencia de sus derechos y la restitución de la finca. Muy distinta es, sin embargo, la respuesta que debe recibir el pronunciamiento judicial

que ordena la realización de las obras necesarias para la división de la finca en dos viviendas. La ejecución de esta medida es evidente que comporta una alteración física o material del inmueble que, objetivamente, afecta y es susceptible de producir efectos perjudiciales en los derechos que la recurrente dice ostentar sobre la casa. Esta circunstancia, legitimaba, en principio, a la recurrente para ser parte en el procedimiento de ejecución, pues, como ya señalamos en los supuestos resueltos por las SSTC 4/1985, de 18 de enero, y 229/2000, de 2 de octubre, el derecho a la tutela judicial efectiva garantiza al tercero cuyos derechos o intereses legítimos puedan verse afectados por la ejecución de una resolución judicial, la legitimación necesaria para ser parte en el procedimiento de ejecución a fin de hacer valer dichos derechos o intereses legítimos y obtener de los órganos judiciales una resolución motivada a sus pretensiones (arts. 538.3, 541.3, 593.2, 595, 661, 662, 675, 704.2 LEC 2000), ya que el art. 24.1 CE impide a los Tribunales, fuera de los casos legalmente previstos, dirigir la actividad ejecutiva contra las personas que no fueron parte en el proceso en el que se dictó la resolución de cuya ejecución se trate y no reúnan la condición de ejecutados.

Sentado, en consecuencia, que las providencias recurridas vulneraron el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva hemos de precisar la forma en que dicha lesión constitucional puede ser reparada en el momento actual. La recurrente pide en la demanda la nulidad del Auto de 1 de diciembre de 1999 que acordó las medidas provisionales dictadas en el juicio de separación del que trae causa el amparo, declarando la nulidad de todas las actuaciones posteriores y retro trayéndolas al momento inmediatamente anterior al de la comparecencia del procedimiento de medidas provisionales, a fin de que sea citada y oída.

Para resolver este problema debe tenerse en cuenta la peculiar naturaleza de las medidas provisionales, pues se trata de unos pro-

nunciamientos dirigidos a regular la situación creada por la ruptura conyugal durante la pendencia del procedimiento matrimonial, razón por la cual su eficacia se extingue cuando son sustituidas por las medidas definitivas que establezca la Sentencia dictada en el proceso o cuando se ponga fin al mismo de otro modo (arts. 106 CC y 773.5 LEC). En el presente caso, la representación de doña Manuela P. H. ha acreditado que con fecha de 2 de junio de 2000 el Juzgado de Primera Instancia número 6, de familia, de Sevilla, dictó la Sentencia de separación (autos 667/99) en la que se acordó mantener como medidas definitivas las medidas provisionales aprobadas en el Auto recurrido de 1 de diciembre de 1999. Dicha Sentencia fue confirmada por la Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Sevilla, que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el esposo (rollo 4921-2000). Igualmente consta que el ya citado Juzgado de Sevilla ha dictado Sentencia el 8 de enero de 2002 (autos 414/2000) en la que estimó la demanda de divorcio promovida por don José C. M., manteniendo la eficacia de las medidas definitivas acordadas en la Sentencia de separación. Estas circunstancias impiden declarar en este momento la nulidad del Auto de 1 de diciembre de 1999 y ordenar la retroacción de actuaciones que se nos pide en la demanda de amparo, ya que las medidas provisionales acordadas perdieron vigencia al ser sustituidas por las medidas definitivas acordadas en la Sentencia de separación, medidas que han sido reiteradas en la Sentencia de divorcio.

A todo ello debe unirse el hecho de que las tesis de la demandante del amparo fueron insistentemente defendidas por su hijo en el proceso matrimonial, siendo incluso objeto del recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de separación, habiendo declarado la Sentencia que resolvió dicho recurso que los derechos de la ahora recurrente que pudieran verse afectados por la medida acordada, primero provisionalmente

y luego con carácter definitivo, en relación con la vivienda familiar podían ser defendidos “a través del proceso declarativo que proceda” (FJ 3 de la Sentencia de apelación de 9 de mayo de 2001, antes citada). Esta circunstancia, en el presente caso, resulta de extraordinaria significación para excluir la situación de indefensión material de la recurrente, pues, aunque el Juzgado le denegó la legitimación para actuar en el juicio de separación y en la fase de ejecución de las medidas provisionales, sus tesis fueron defendidas por su hijo y la propia Audiencia Provincial le indicó el cauce que debería seguir para hacer valer sus pretensiones, sin que haya sido acreditado en este proceso constitucional que la recurrente haya promovido algún tipo de proceso declarativo en defensa de los que considera son sus derechos patrimoniales sobre la vivienda familiar de su hijo y de su nuera.

Lo expuesto no nos puede llevar, sin embargo, a la consideración de que la demanda

carece ya de objeto, como pide la representación de doña Manuela P. H., pues se ha producido una vulneración del derecho fundamental de la recurrente a la tutela judicial efectiva que obliga, en consecuencia, al otorgamiento del amparo solicitado. No obstante, de conformidad con lo dispuesto en el art. 55.1 LOTC, la estimación del recurso debe quedar limitada al simple reconocimiento del derecho que la recurrente ostentaba para intervenir en la ejecución de las medidas provisionales acordadas por el Auto de 1 de diciembre de 1999, así como a la declaración de la nulidad de las providencias de 14 y 29 de febrero de 2000 en cuanto negaron la legitimación de la recurrente para intervenir en la referida ejecución. Con este pronunciamiento declarativo de la lesión constitucional sufrida por la recurrente queda restablecido su derecho a la tutela judicial efectiva, sin que sean precisas otras medidas dadas las circunstancias concretas de que se ha hecho mérito al inicio del presente fundamento jurídico.

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

1. *Necesidad de dirigir la demanda de reclamación de paternidad contra el menor frente al que se reclama la misma, siendo preciso nombrarle un defensor judicial al existir intereses contrapuestos con la madre.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de enero de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Manuel interpuso demanda de menor cuantía contra D.ª María Victoria solicitando que en su día se dicte sentencia por la que se declare haber lugar a la declaración de filiación paterna reclamada y se condene, en consecuencia, a la demandada, D.ª María Victoria a reconocer que el padre del menor es D. Manuel, que el menor deberá llevar los apellidos de ambos, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y al pago de las costas procesales.
- Admitida a trámite la demanda, la demandada contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: “...dictar sentencia por la que desestimando la demanda se declare no haber lugar a las pretensiones que la misma contiene, condenando en costas al actor”.

- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 14 de Málaga dictó sentencia el 4 de enero de 1996 estimando la demanda y declarando D. Manuel R.P. es el padre del hijo habido por D.^a María Victoria el día veintiuno de abril de mil novecientos noventa y uno, llamado hasta ahora Manuel F.A., y que en adelante habrá de llamarse Manuel R.F.; y ello con expresa condena en costas a la demandada.
- En grado de apelación, la Sec. 5.^a de la AP de Málaga dictó sentencia el 14 de febrero de 1997 desestimando el recurso de apelación interpuesto por D.^a M.^a Victoria.
- D.^a M.^a Victoria interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que acordó absolver a la demandada en la instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El primer motivo de casación se formula al amparo del art. 1692.3.º de la LEC (quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, siempre que se haya producido indefensión), por infracción del art. 24.2 de la CE, 238.3 de la LOPJ, 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 260 de la LEC. Concreta la recurrente el motivo en el desconocimiento de la excepción de «litisconsorcio pasivo necesario», por no haber sido demandados ni el Ministerio Fiscal ni el menor, cuya paternidad se reclama. La necesidad de tratar, en primer lugar, la falta de demanda dirigida en relación al menor, y la necesidad de tener en cuenta las alegaciones de la recurrente, eximen del estudio del otro submotivo y del motivo segundo de este recurso.

El Tribunal Supremo, antes de examinar los demás motivos, se plantea de oficio como cuestión previa de verificación, dadas las características del litigio, de si se han observado el conjunto de garantías inexcusables de aplicación al mismo y cuya respuesta determinará si procede o no el examen de los demás motivos (sentencias de esta Sala para supuestos análogos de 5 de julio de 1997 y 7 de noviembre de 2002).

Se ha ejercitado una acción de reclamación de paternidad y la demandada en su

propio nombre y derecho, sin la representación de su hijo menor de edad por no haber sido demandado, se ha opuesto a la misma, sin otra intervención en el proceso que la del Ministerio Fiscal a partir del recurso de apelación.

Es necesario advertir el carácter de orden público del estado civil, en este caso en lo relativo al régimen para la reclamación de filiación no matrimonial hecha por el padre que pretende el reconocimiento de su paternidad, mayor o menor de edad. Y es evidente la naturaleza de orden público que exige la protección de los intereses del menor, que, por tanto, no puede estar ausente del proceso.

Ello no obsta para que se tenga en cuenta lo previsto en el art. 163 del CC, que constituye el desarrollo del art. 162.2; la representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se compruebe la existencia de conflicto de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Una vez acreditado este extremo el juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él. El nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas; siempre que en algún asunto el padre y la madre ten-

gan un interés opuesto al del hijo no emancipado y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que hay conflicto de intereses. Es decir, que al margen de la defectuosa constitución de la relación procesal observada en este procedimiento, la madre demandada, que se ha opuesto a la paternidad reclamada, manifiesta intereses contrarios, en principio, a los del menor que en los demás ámbitos representa, como, a mayor abundamiento, se acredita por las sentencias dictadas en su contra en ambas instancias.

Son contrarios los intereses de la madre demandada, que elude establecer la realidad, cualquiera que sea, sobre la paternidad, con los intereses del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona como del orden público del estado civil. El conflicto existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos.

Conforme a lo previsto en el art. 299 del CC, el defensor judicial es la persona que

asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados, cuando la persona que legalmente debe hacerlo, padres, tutores o curadores, no lo hacen. Se trata de un cargo judicial porque es necesario una resolución judicial que acuerde su nombramiento. Cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así (TS S 10 de marzo de 1994).

En atención a lo previsto en el art. 300 del mismo Código, el nombramiento ha de hacerse de oficio por decisión del juez cuando conoce alguno de los supuestos en que se haga necesario.

Todo ello conduce a la estimación del motivo y a tenor del art. 1715.2 de la LEC, a decretar la absolución en la instancia para permitir, si así lo estima oportuno el demandante, dirigir la demanda contra la demandada, el Ministerio Fiscal y el menor de edad, representado por defensor judicial.

2. *Determinación de la filiación paterna extramatrimonial por la declaración de numerosos testigos del entorno geográfico concurriendo pues posesión de estado por notoriedad pública, no siendo obstáculo para ello que no se llegase a practicar la prueba biológica del padre que había fallecido tiempo atrás.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 27 de febrero de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Mirta interpuso demanda de menor cuantía contra D. José Ramón y D. Bonifacio (hermanos de D. Belarmino), así como contra los herederos

desconocidos e inciertos de D. Belarmino, solicitando se dictara sentencia “en la que se declare que la actora D.^a Mirta es hija extramatrimonial del difunto D. Belarmino, con cuantos derechos le sean inherentes al nuevo estado civil que ostenta, rectificando en el sentido que deriva de las anteriores declaraciones la inscripción de nacimiento de la actora que consta en el Registro Civil, sin alterar los apellidos de la actora, condenando a los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones, con expresa imposición de costas si se opusieren”. Posteriormente la actora presentó escrito ampliando su demanda para que se declarase expresamente que aquélla era “única y universal heredera *abintestato* del difunto D. Belarmino”.

- Dictada providencia el siguiente día 14 teniendo por acumulada a la acción principal declarativa de filiación la declarativa de derecho hereditario, y emplazados los demandados, compareció D. José Ramón interponiendo recurso de reposición contra la providencia inicial de admisión a trámite de la demanda, de fecha 2 de febrero, en cuanto acordaba oír a la demandante sobre si a la acción de reclamación de filiación acumulaba la de ser declarada heredera de D. Belarmino, recurso que fue desestimado por auto de 2 de marzo de 1995.
- El siguiente día 13 del mismo mes de marzo el demandado D. José Ramón presentó dos escritos: en uno de ellos contestaba a la demanda proponiendo las excepciones de prescripción y caducidad de la acción, falta de legitimación activa y falta de legitimación pasiva, oponiéndose además en el fondo e interesando se desestimara íntegramente la demanda con imposición de costas a la actora; y en el otro interponía recurso de apelación contra el auto desestimatorio de su recurso de reposición. Dictada providencia admitiendo en un solo efecto dicho recurso de apelación, la parte actora interpuso contra la misma recurso de reposición interesando que el de apelación se tuviera simplemente por anunciado. Por auto de 30 de marzo de 1995 se estimó este recurso de reposición, se dejó sin efecto la providencia impugnada y, en su lugar, se acordó tener simplemente por anunciado el recurso de apelación del demandado D. José Ramón contra el auto del anterior día 2.
- Una vez practicado el emplazamiento del demandado D. Bonifacio a través del Cónsul General de España en Bruselas y el de los demás demandados por edictos, tanto aquél como éstos fueron declarados en rebeldía.
- El juzgado de 1.^a Instancia n.º 1 de Grado el 16 de abril de 1996 estimando íntegramente la demanda, sentencia que fue apelada por D. José Ramón.
- D. José Ramón, solicitó el recibimiento a prueba en segunda instancia para que se practicara la prueba biológica de paternidad mediante las muestras del cadáver de D. Belarmino obrantes en el Servicio de Anatomía Patológica del Hospital Central de Asturias e incluso mediante la exhumación de su

cadáver, y por auto de 20 de noviembre de 1996 el tribunal acordó el recibimiento a prueba pero sólo en cuanto a la primera de las formas propuestas.

- Comunicada por el referido hospital la insuficiencia de las muestras y su carencia de medios para la prueba biológica mediante exhumación del cadáver, la actora-apelada insistió en la pertinencia de esta última en tanto el demandado-apelante nada manifestó al respecto.
- Denegada la exhumación del cadáver por el tribunal y continuado el trámite de la apelación, con fecha 25 de marzo de 1997 se dictó sentencia desestimando el recurso, confirmando la sentencia apelada e imponiendo al recurrente las costas de la apelación.
- D. José Ramón interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Tres son las cuestiones analizadas en el recurso.

1. Denegación de la práctica de la prueba biológica.

Se ampara este motivo en el art. 5.1 LOPJ y, citándose como norma infringida el artículo 24.1 de la Constitución en cuanto reconoce el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva mediante un proceso judicial con todas las garantías, se reprocha al tribunal sentenciador la denegación de la prueba biológica, interesada en la segunda instancia por la parte actora, so pretexto del coste inherente a su práctica, que exigía necesariamente la exhumación del cadáver del presunto padre fallecido el 31 de mayo de 1994, cuando en realidad el demandado-recurrente no se había opuesto a esa prueba ni la había propuesto él mismo por haberlo hecho ya la demandante, teniendo un “evidente interés en conocer sus conclusiones toda vez que lógicamente podían resultar afectados derechos patrimoniales propios”, con base en todo lo cual interesa se dicte sentencia que, “entrando a conocer del fondo del asunto”, desestime la demanda.

Tiene declarado esta Sala que la cita del artículo 24 de la Constitución como norma infringida no exime al recurrente, cuando lo denunciado materialmente sea un quebrantamiento de forma por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, de citar además la concreta norma procesal vulnerada ni de observar las exigencias que impone el art. 1693 de la LEC de 1881 (SSTS 27-3-95 en recurso núm. 1817/92 y 3-11-97 en recurso núm. 2860/93), como también tiene declarado que dicho precepto constitucional no puede convertirse en una socorrida fórmula que permita eludir el rigor formal del recurso de casación ni la carga de citar con precisión la norma o normas de legalidad ordinaria más directamente infringidas (SSTS 10-5-93 en recurso núm. 2543/90, 18-2-95 en recurso núm. 3412/91 y 28-5-01 en recurso núm. 1104/96). En otras palabras, que el apartado 4 (no el 1 citado en el motivo) del art. 5 LOPJ considere suficiente la infracción de precepto constitucional para fundamentar el recurso de casación no significa que baste la cita de un precepto constitucional para situarse al margen del régimen específico de la casación civil, pues el propio art. 5.4 LOPJ comienza por exigir que el recurso de

casación proceda “según la ley”, es decir y bajo el régimen de la LEC de 1881, con arreglo al art. 1692 de la misma y, en su caso, previa observancia de lo establecido en su art. 1693. Por eso se explica que la LEC de 2000 haya encuadrado la vulneración del artículo 24 de la Constitución entre los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.1-4.º), no de casación, imponiendo como requisito inexcusable la previa denuncia de su infracción en la instancia (art. 469.2).

De aplicar lo antedicho al motivo examinado no puede resultar más que su desestimación, porque si ya lo pretendido por el recurrente mediante su articulación, esto es, una sentencia que entre en el fondo y desestime la demanda, no se corresponde en absoluto con la infracción denunciada, es decir, la indebida denegación de una prueba que obligaría a reponer las actuaciones para proceder a su práctica y dictar luego nueva sentencia de apelación, resulta que al no haber sido la parte recurrente, sino la contraria, quien propuso la prueba omitida tanto en primera como en segunda instancia, solamente ésta podía haber impugnado en casación la falta de su práctica, porque únicamente ella podría haber observado las exigencias del art. 1693 de la LEC de 1881. Si a todo ello se une que, como el examen de las actuaciones permite comprobar, la parte recurrente, pese al interés que ahora manifiesta en la práctica de la prueba, no hizo alegación alguna en el trámite expresamente conferido durante la segunda instancia tras comunicar el Hospital tanto la insuficiencia de las muestras obtenidas del cadáver antes de su inhumación como su carencia de medios para proceder a la obtención de material genético de tejido óseo si se decidiera exhumar el cadáver, ni tampoco formuló protesta alguna frente a la providencia que denegaba la exhumación del cadáver como necesariamente previa a la práctica de la prueba biológica ni, finalmente, pidió nada al respecto en el acto de la vista del recurso de apelación, la desestimación del motivo examinado no viene sino a corroborarse.

2. Pruebas determinantes para la declaración de la paternidad.

En este motivo, denuncia el recurrente la infracción de los arts. 135 y 4.1 CC, respectivamente, por haberse declarado la filiación con base en simples rumores o “habladuría popular” o en hechos que no guardan identidad de razón alguna con los expresamente contemplados en el citado art. 135, aplicado y aplicable al caso por haberse iniciado el proceso años antes de la entrada en vigor de la LEC de 2000, que lo derogó aunque incorporando su contenido al apdo. 3 de su art. 767.

Siendo intrascendente el error de la parte recurrente al amparar estos dos motivos en un ordinal del art. 1692 LEC de 1881 suprimido por la Ley 10/1992, ya que pueden reconducirse sin ninguna dificultad al equivalente ordinal 4.º del mismo artículo vigente al interponerse el recurso, la respuesta casacional a los mismos pasa necesariamente por transcribir la parte esencial del fundamento jurídico segundo de la sentencia impugnada en que se razona por qué debe confirmarse la estimación de la demanda y que reza así: “El fondo del litigio se reduce a determinar la certeza de la paternidad del fallecido D. Belarmino respecto de la actora D.ª Mirta, y a tal respecto debe partirse del dato de que vinieron a declarar al pleito como testigos doce personas (once, si excluimos a la madre de la demandante en cuanto directa interesada en el litigio), aunque habían sido propuestos nada menos que 24, si bien el juzgador limitó la prueba a los diez primeros, más los testigos de los números 23 y 24, que también declararon en la fase procesal para mejor proveer. Pues bien, si se tiene en cuenta, en primer lugar, que todos los propuestos son vecinos del mismo pueblo (o de sus límites), en donde conviven juntamente con la actora y con la familia del fallecido, incluso con éste hasta su fallecimiento, según está plenamente reconocido por el demandado comparecido (posición 5.ª), que manifestó que los conocía a todos ellos; en segundo lugar, que ninguna tacha o

impedimento fue denunciado respecto de la integridad de dichos testimonios; en tercer lugar, que dicho demandado admitió la realidad de la común opinión en todo el pueblo de que la actora era hija de su fallecido hermano; y que, finalmente, incluso varios testigos manifestaron que el propio fallecido les había reconocido privadamente su paternidad, debe concluirse en principio que dicha paternidad quedó demostrada por notoriedad en el entorno geográfico en el que se produjeron los hechos.

De esta forma, si bien es cierto, como así lo afirma la recurrida, que no nos encontramos ante la existencia de una “posesión de estado” propiamente dicha, ya que los elementos o requisitos tradicionalmente exigidos para ello, cuales el “nomen” o utilización habitual en el hijo del apellido del supuesto padre o madre, y el “tractatus” o comportamiento material y afectivo propio de la relación de filiación y dispensado por el progenitor o su familia, no concurren en el presente caso, sí nos encontramos ante algo parecido a lo que se podría denominar como “posesión por notoriedad pública”, ya que los vecinos del pueblo y aledaños vienen reconociendo desde siempre a la actora como hija extramatrimonial del fallecido hermano del demandado comparecido. Incluso este mismo, separándose de su anterior actitud opositora en la primera instancia, vino en el acto de la vista del presente recurso, bien que en términos formalistas, a reconocer dicha filiación, afirmando que no se oponía a la misma, aunque defendía sus derechos patrimoniales.”

En cuanto a la jurisprudencia de esta Sala al respecto, la sentencia de 24 de enero de 2001 (recurso núm. 3720/95) la caracteriza por su “criterio amplio” en la interpretación del art. 135 CC, como asimismo hiciera la sentencia de 17 de noviembre de 1997 (recurso núm. 3271/93) citando, a modo de compendio jurisprudencial en esta materia, la de 5 de abril de 1990 en cuanto declaró que los arts. 127 y 135 CC, tras su reforma por la Ley de 13 de mayo de 1981, habían establecido y propiciado “una am-

plia gama de procedimientos para llegar a conocer la realidad genética, permitiendo que los Tribunales utilicen al efecto cualquier sistema de los previstos por la razón humana, en consonancia con la realidad sociológica y la época en que aquellas relaciones se produjeron, así como con la realidad social en que han de ser aplicadas esas normas de tan amplio espectro inquisitivo, atendiendo, fundamentalmente, al espíritu y finalidad de éstas, que no es otra que la defensa de los intereses prioritarios de los hijos”, concluyendo, tras la cita de otras catorce sentencias comprendidas entre los años 1985 y 1991, que “el artículo 135 establece criterios de gran amplitud acudiendo a presunciones “seu indicis” para declarar o no la filiación reclamada”. Así, la sentencia de 12 de noviembre de 1987, también desde el “criterio de gran amplitud que ya ha tenido eco en la jurisprudencia de esta Sala”, afirmó que “puede declararse la paternidad con base en otras pruebas sin necesidad de acudir a las biológicas, o con base en la apreciación conjunta de unas y otras”, como permite el art. 127 CC; poco antes la sentencia de 10 de junio del mismo año había declarado la posibilidad de declarar la paternidad con base en la prueba documental privada, máxime si no aparecía contradicha por las demás practicadas en los autos; y mucho más recientemente, en sentencia de 13 de marzo de 1999, esta Sala destacaría la singular relevancia de la prueba testifical para acreditar en determinados casos la posesión de estado.

Por lo que se refiere a la doctrina científica, prestigiosos especialistas entienden que el “reconocimiento expreso” del art. 135 CC, lógicamente distinto del solemne al que se refiere el art. 120 del mismo cuerpo legal, puede ser oral y por tanto probarse mediante testigos, desde luego con todas las cautelas que al juzgador encomendaba el hoy derogado art. 1248 del citado Código. En cuanto al reconocimiento tácito, se suele poner en relación con la posesión de estado, caracterizando a ésta como una variante cualificada de aquél o poniendo el acento del reconoci-

miento tácito en hechos concluyentes aislados y por tanto sin la nota de continuidad propia del “tractatus”.

Pues bien, si en virtud de todo lo anteriormente razonado se contrastan los dos motivos aquí examinados con la fundamentación de la sentencia impugnada necesariamente ha de concluirse que el tribunal sentenciador, lejos de infringir los preceptos citados por el recurrente, se ajustó cabalmente a lo establecido en el art. 135 CC según su interpretación jurisprudencial y su relación con el art. 127 del mismo Cuerpo legal, pues al reconocimiento expreso de la paternidad probado mediante testigos, que en modo alguno puede quedar descartado por el hecho de que el padre no llegara a hacer un reconocimiento solemne como alega el recurrente, ya que en tal caso estaría de más aquel otro modo de reconocimiento, se une un tan alto grado de pacífica aceptación pública y privada de la paternidad en el entorno vecinal e incluso familiar de aquel de quien se reclama que, lejos de equivaler a meros rumores o “habladuría popular” como también alega el recurrente, autoriza a apreciar una situación próxima a la posesión de estado o equivalente al reconocimiento tácito, como con acierto razona el tribunal sentenciador. En suma, no pueden resultar infringidos los arts. 135 y 4.1 CC si la filiación se declara con base en la prueba testifical de un reconocimiento expreso combinada con varios hechos análogos a los también contemplados en el primero de tales preceptos, máxime cuando, como en este caso, fue la parte actora quien siempre se mostró dispuesta a agotar todas las posibilidades imaginables de prueba biológica y el único demandado comparecido nunca negó abiertamente la paternidad de su hermano.

3. Acumulación a la acción de reclamación de filiación la de declaración de la hija como única y universal heredera abintestato del difunto padre.

En este motivo se cita como infringidos los arts. 702 y 359 de la LEC de 1881, para

denunciar la incongruencia de la sentencia recurrida por haber añadido a la declaración de filiación, pedida en la demanda, la de ser la actora única y universal heredera de su padre, no pedida en la misma demanda.

El motivo así planteado ha de ser desestimado porque basta con leer los antecedentes de esta sentencia de casación para comprobar que el recurrente escamotea en este motivo una parte importante de la realidad en orden a las pretensiones de la demandante. Lo verdaderamente sucedido fue, como con más detalle y mediante datos estrictamente objetivos se especifica en tales antecedentes, que ciertamente la actora no incluyó dicha pretensión en su demanda, pero sí lo hizo seis días después en un escrito de ampliación presentado antes de personarse en las actuaciones el demandado hoy recurrente. Éste impugnó en reposición la providencia por la que se acordaba oír a la actora sobre la acumulación de ambas acciones, e interpuso luego recurso de apelación contra el auto desestimatorio de la reposición; sin embargo, tras dejarse sin efecto la admisión de la apelación inicialmente acordada, para en su lugar tenerla simplemente por anunciada conforme a lo dispuesto en el párrafo primero del art. 703 LEC de 1881, no reprodujo la interposición del recurso contra dicho auto al apelar de la sentencia definitiva, como necesariamente le imponía el párrafo segundo del mismo artículo y se declara por la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 30-6-00 y 12-7-02 entre las más recientes). De ahí que, como con todo acierto razona el tribunal en el fundamento jurídico primero de la sentencia impugnada, no pudiera entrarse a conocer de un posible defecto de forma en la admisión de la ampliación de la demanda; de ahí, también, que la verdadera incongruencia habría estado en que el tribunal sentenciador hubiera entrado a conocer de esa cuestión formal; y de ahí, en suma, que el fallo estimatorio de la pretensión acumulada a la demanda inicial no pueda ser tachado de incongruente, pues la pretensión se formuló expresamente por la actora y el demandado-recurrente no llegó a impugnar

en forma la resolución judicial que la tenía por incorporada la demanda.

En cualquier caso, la incoherencia interna del motivo queda patentemente de manifiesto cuando su alegato concluye pidiendo “se

absuelva a nuestro representado de los pedimentos de la demanda”, sin advertir que el reproche de incongruencia lo cifra el propio motivo precisamente en que la demanda no contenía el pedimento que dice el recurrente.

3. *Apreciación de oficio por parte del Tribunal Supremo de la necesidad de nombrar un defensor judicial a la menor respecto a la cual se insta la reclamación de paternidad extramatrimonial al existir intereses contrapuestos con su madre. Se da la circunstancia de que la madre se opuso a la práctica de la prueba biológica.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 4 de marzo de 2003

Ponente: Excmo. Sr. D. Román García Varela

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Antonio promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre filiación extramatrimonial, contra D.^a Encarnación y su hija, Cristina, en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, suplicó al Juzgado que se dictase en su día sentencia por la que se declare la paternidad interesada, habiendo lugar a los pedimentos aducidos e imponiendo las costas a la demandada en caso de oponerse a los mismos.
- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, D.^a Encarnación la contestó oponiéndose a la misma y suplicando al Juzgado la desestimación de la demanda.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 3 de San Vicente del Raspeig dictó sentencia el 15 de enero de 1996 estimando la demanda y declarando la paternidad de D. Antonio sobre la niña menor Cristina con todos los efectos y derivaciones legales de una filiación no matrimonial, todo ello con imposición de costas de esta instancia a la parte demandada.
- En grado de apelación, Sec. 6. de la AP de Alicante dictó sentencia el 21 de mayo de 1997 estimando el recurso y revocando la sentencia, desestimando finalmente la demanda instada por D. Antonio.

- D. Antonio interpuso recurso de casación, acordando el Tribunal Supremo la nulidad de actuaciones a partir del momento procesal determinado en el artículo 705 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y, en su virtud, el referido Tribunal procederá a nombrar defensor judicial, el cual podrá instar la práctica de las pruebas que estime pertinentes, dándose por válidas todas las actuaciones anteriores y pudiendo tener por reproducidas las pruebas ya practicadas.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Tribunal Supremo, antes de examinar los motivos del recurso, entiende que procede plantear de oficio, como cuestión previa, la verificación, en virtud de las características del litigio, de si se han observado el conjunto de garantías inexcusables de aplicación al mismo, y cuya respuesta determinará si procede o no el examen de los motivos (para supuesto análogo, SSTs de 5 de junio de 1997 y 7 de noviembre de 2002).

Se ha ejercitado una acción de reclamación de filiación no matrimonial contra D.^a Encarnación y su hija, menor de edad, Cristina. D.^a Encarnación, en su propio nombre y derecho, se ha opuesto a la misma, sin otra intervención en el proceso que la del Ministerio Fiscal; dicha demandada explica que, cuando inscribió a su hija, no dio identificación alguna que pudiera inducir a que el padre fuera D. Antonio, sino todo lo contrario, pues facilitó la identidad de un hombre que, por motivos ajenos al presente pleito, no reconoció a la niña; asimismo, expresa que se niega a la realización de pruebas biológicas, dado que someter a su hija a las mismas supone una vulneración de los derechos de intimidad e integridad personal, recogidos en los artículos 15 y 18.1 de la Constitución, y quizás también atente contra el artículo 10.1 de la Norma Fundamental.

La sentencia del Juzgado señala que la hija menor de edad está representada por su madre, de conformidad con el artículo 162 del Código Civil, quien defenderá sus derechos e intereses en el juicio; igualmente, argumenta que “así, de la prueba obrante en

autos, y ante la negativa de Encarnación, madre de Cristina, al sometimiento de prueba pericial médica alguna, lo que conlleva a analizar el resto del material probatorio realizado con el proceso, porque si bien la negativa a extraer una gota de sangre no supone una “ficta confessio”, si representa un indicio valioso, que conjugado con otros elementos probatorios, permite llegar a la paternidad pretendida (SSTs, Sala 1.^a, 11 de marzo de 1988, 3 de diciembre de 1991, 6 de octubre de 1993, entre otras muchas). Por ello, y quedando ya resuelto por el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de las pruebas biológicas (Sentencia 17 de enero de 1994), y siendo en el presente caso una prueba indispensable para averiguar la verdadera filiación de la menor Cristina, cuya práctica en ningún caso supone riesgo alguno para la salud de la niña, al existir indicios suficientes, dado el propio reconocimiento que la demandada hace de una relación de hecho con el actor, es por lo que estimo que el acuerdo de su práctica es proporcionado a la finalidad que se persigue, que no es otra que la determinación de la filiación de la menor, y sin que sea un abuso del derecho, como afirma la demandada, solicitar su práctica por la actora”.

La sentencia de la Audiencia manifiesta que, en el supuesto del debate, no hay ninguna prueba en autos que demuestre, sin lugar a dudas, que la niña Cristina sea hija del actor y, por consiguiente, no puede declararse que aquélla sea hija de éste.

El artículo 163 del Código Civil constituye el desarrollo del artículo 162.2 del mismo texto legal; la representación legal de los padres, en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad, queda excluida cuando, en la realización de uno o varios actos, se compruebe la existencia de conflicto de intereses, que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan; una vez acreditado este extremo, el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él; el nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas: siempre que, en algún asunto, el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado; y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que haya conflicto de intereses.

Corresponde advertir que el carácter de orden público del estado civil determina el mismo régimen para la reclamación de filiación no matrimonial hecha por el hijo que pretende el reconocimiento de la paternidad, como la verificada por el padre que pretende el mismo reconocimiento.

En este caso, son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los intereses de la hija, tanto desde el punto de vista de su persona como del orden público del estado civil.

El conflicto de intereses existe cuando, en la realización de los actos de guarda y

protección, la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor o incapaz, al ser éste contrario al interés subjetivo o personal de éstos.

Conforme a lo previsto en el artículo 299 del Código Civil, el defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados cuando la persona que legalmente debe hacerlo, padres, tutores o curadores, no lo hacen; se trata de un cargo judicial porque es necesaria una resolución judicial que acuerde su nombramiento; cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así (SSTS de 10 de marzo de 1994 y 7 de noviembre de 2002).

En atención a lo previsto en el artículo 300 del mismo Código, el nombramiento ha de hacerse de oficio por decisión del Juez cuando conoce alguno de los supuestos en que se haga necesario.

Todo ello conduce a que esta Sala, de oficio y a tenor del artículo 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, decrete la nulidad de las actuaciones para permitir la actuación en el proceso del defensor judicial que nombre el Tribunal de instancia, manteniendo la conservación de los actos procesales en la forma que se dirá en la parte dispositiva de esta sentencia.

4. *Habida cuenta que la demanda de reclamación de paternidad debió dirigirse también contra la persona que aparecía como padre en el Registro Civil, apercibiéndose de su ausencia, el juzgado acordó emplazarlo antes de dictarse sentencia, y siendo improcedente la llamada en ese momento procesal, se acuerda la nulidad de lo actuado, debiendo volver a celebrarse la comparecencia del art. 693 de la antigua LEC.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de marzo de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Antonio interpuso contra D.ª Aurora demanda de menor cuantía sobre reclamación de filiación extramatrimonial, siendo parte el Ministerio Fiscal, solicitando que se dictase sentencia: “1.º) Que se otorgue la guarda y custodia de la menor M.ª Belén a D. Antonio, por ser la persona con la que convive desde que nació. 2.º) Que se reconozca a D. Antonio, la paternidad y consecuentemente la Patria Potestad, sobre la menor M.ª Belén señalándose a D. Antonio como sujeto pasivo con plenitud de derechos y obligaciones, paterno-filiales, respecto a la menor M.ª Belén. 3.º) Se reconozca a D. Antonio como padre de M.ª Belén. 4.º) Se practique la pertinente inscripción, y en su caso modificación, en el Registro Civil de Barcelona, del primer apellido de M.ª Belén, suprimiendo el primer apellido, por el de R.
- D.ª Aurora solicitó la absolución de la demanda, y reconvino para que se declarase no haber lugar a ella por tener otra paternidad reconocida, ya que D. Ángel así lo efectuó ante el Registro Civil, y que se requiriese al demandado reconvencional a que hiciese entrega a la reconviniente de Belén para que conviviese en el domicilio de ésta por ser quien ostentaba la patria potestad.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n. 18 de Barcelona dictó sentencia el 10 de mayo de 1996, cuya parte dispositiva es como sigue: Que estimando parcialmente la demanda instada por D. Antonio contra D.ª Aurora y habiendo sido llamado al procedimiento de oficio D. Ángel quien no compareció, concedo la guarda y custodia de la menor M.ª Belén con carácter cautelar al actor D. Antonio, con suspensión de la patria potestad sobre la misma a D.ª Aurora y

D. Ángel, y desestimo la acción ejercitada por el actor de reclamación de paternidad sobre la menor. No se hace expresa imposición de costas”.

- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Barcelona, dictó sentencia el 30 de abril de 1997, desestimando el recurso interpuesto por D.ª Aurora, acordándose de oficio que por parte del juzgado a quo se dé traslado de todo lo actuado a la DGAJ en cumplimiento de la legislación vigente según lo ya expresado en el fundamento tercero de esta sentencia, por si hubiera lugar a iniciar expediente protector de la menor ante la situación de desamparo formal en que puede hallarse”.
- D.ª Aurora interpuso recurso de casación, declarando el Tribunal Supremo la nulidad de lo actuado retrotrayéndose las actuaciones a la fecha de la comparecencia del art. 693 de la LEC.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El Tribunal Supremo, en aras del principio constitucional prohibitivo de la indefensión (art. 24.1 Constitución), y de la naturaleza de orden público que tiene la normativa sobre filiación de las personas y, en consecuencia, el carácter imperativo de la misma, que conduce a su aplicación de oficio, ha de hacer algunas declaraciones sobre la tramitación de este pleito, que desde ahora se califica de anómala e irregular.

En efecto, la demanda del actor tenía por objeto la reclamación de la paternidad de la menor y el reconocimiento de la patria potestad con la guardia y custodia sobre la misma, implicando que se privase de ella a su madre demandada. Nada habría que oponer a dicha demanda en cuanto a su tramitación legal, que hubiera sido correcta procesalmente.

Sin embargo, sucede que la menor fue reconocida en 1990 por D. Ángel, según consta en el Registro Civil, luego el actor debiera haber entablado acción de impugnación de la filiación reconocida, única manera de que los efectos de la declaración de la filiación (derivados de la estimación de la acción de reclamación) pudiesen desplegarse (art. 17 L 7/1991, de 27 de abril, del Parlamento Catalán, de Filiaciones, vigente en la fecha de autos; art. 134 CC y sentencias

de esta Sala, entre otras, de 20 de diciembre de 1991 y 17 de marzo de 1995). Es evidente que al actor no se le podía atribuir la patria potestad sobre la menor ni su guarda y custodia mientras el reconocedor ostentase la cualidad de padre de la misma.

D. Ángel no fue demandado por D. Antonio. Este defecto de la demanda fue puesto de relieve por la demandada en su contestación a la demanda. En la comparecencia ordenada por el art. 693 LEC las partes se ratificaron en sus posiciones, solicitando el recibimiento a prueba, entre ellas las biológicas, que dieron un resultado negativo para el actor.

Una vez finalizado el período probatorio, el juez de 1.ª Instancia, antes de dictar sentencia, se apercibe de la ausencia en el proceso de D. Ángel y le concede un plazo de 20 días para contestar a la demanda, citándolo para que compareciese en el Juzgado a fin de llevar a cabo el emplazamiento. D. Ángel solicitó que se le nombrase Abogado y Procurador de oficio.

El Juzgado así lo acordó, verificándose el nombramiento de Abogado de oficio. En cambio, no se hizo el de Procurador, explicando el Colegio de Procuradores que no procedía puesto que, según se expresaba en el oficio en que se solicitaba el nombra-

miento, lo era para un procedimiento de jurisdicción voluntaria. En consecuencia, D. Ángel no fue emplazado siquiera; el Juzgado no subsanó el constatado error que cometió, dictó sentencia en la que no se expresa que fuera declarado en rebeldía.

Así las cosas, es claro que la subsanación de oficio era improcedente en el momento procesal en que se hizo, pues la LEC no habilita para que se abra otra tramitación del pleito. D. Ángel no tiene derecho a un nuevo período probatorio para él solo y hubo de poder intervenir en la práctica de las pruebas acordadas en autos respecto de las solicitadas y admitidas a las demás partes. El momento procesal que tenía el juez de 1.^a Instancia para subsanar el defecto lo dice la misma LEC; es el de la comparecencia ordenada por el art. 693. Según su apartado 3.^o, la misma tiene por objeto: «Subsanar o corregir, si fuese posible, los defectos de que pudieran adolecer los correspondientes escritos expositivos, o salvar la falta de al-

gún presupuesto o requisito del proceso que se haya aducido por las partes o se aprecie de oficio por el juez; y cuando la subsanación no pudiera llevarse a efecto en el propio acto, conceder un plazo no superior a diez días, suspendiéndose entre tanto la comparecencia».

Por otra parte, e incluso siguiendo el impulso de oficio, es inexplicable que no se subsanase por el Juzgado el error en cuanto a la tramitación del procedimiento para el nombramiento de Procurador de oficio; nada hubiera costado repetirlo, expresando al Colegio de Procuradores que lo era para un procedimiento declarativo de menor cuantía. El resultado fue que D. Ángel se quedó sin Procurador que lo representase. Seguramente por ello ni siquiera se le declaró en rebeldía procesal.

En consecuencia, procede anular todas las actuaciones retrotrayéndolas a la fecha de la comparecencia del citado art. 693 LEC de 1881.

5. *La acción de reclamación de paternidad es imprescriptible, lo que conlleva que no hay ejercicio tardío del derecho con relevancia jurídica que permita considerar la existencia de abuso de derecho.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 11 de marzo de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Francisco Javier interpuso demanda de menor cuantía contra Doña M.^a del Carmen, siendo parte el Ministerio Fiscal sobre reconocimiento de paternidad, solicitando que se dictase sentencia declarando la filiación no matrimonial del demandante respecto de la menor M.^a Lourdes y condenando a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración.

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 21 de Madrid dictó sentencia con el 19 de febrero de 1996 estimando la demanda y declarando la filiación.
- En grado de apelación, la Sec. 22.ª de la AP de Madrid dictó sentencia el 22 de mayo de 1997 desestimando el recurso interpuesto.
- D.ª M.ª del Carmen interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el recurso se denuncia la violación de los arts. 127 y 135 CC, en relación con la jurisprudencia sobre prueba biológica. Mas no cabe, señala el Tribunal Supremo, la infracción de los preceptos invocados por cuanto ambos son tomados adecuadamente en consideración, conforme a sus supuestos normativos que coinciden con los hechos que se establecen como probados. En efecto, el derecho a investigar la paternidad, que el art. 39.2 LEC consagra, descende al terreno de lo concreto a través de los arts. 127, párrafo primero, y 135, ambos del CC, y de la doctrina emanada de estos preceptos se derivan dos clases de pruebas acreditativas de la filiación, las directas, entre las que figura la llamada heredo-biológica, y las indirectas presuntivas, como indiciarias de la cohabitación sexual necesaria y suficiente para la procreación, de los que el art. 135 hace una enumeración *ad exemplum*, para conceder, en un último inciso, la facultad de aplicar el art. 4.1 CC al atender a otros hechos de los que se infiera la filiación de modo análogo. En el caso de autos, acordada la práctica de la prueba pericial biológica, en aras de determinar la filiación de la menor María Lourdes, la madre se niega a someterse a las mismas alegando una serie de circunstancias absolutamente superfluas, y añadiendo que «no sabe si es el padre, ni tiene interés en saberlo».

Si bien, como tiene dicho el TS, la negativa, en sí misma, no constituye ficta confessio, del conjunto del resto de las pruebas practicadas se infiere que la postura adopta-

da por la Sra. G., sólo pretende entorpecer el conocimiento absoluto de una realidad que se intuye del resto del bagaje probatorio, del que, por otro lado es especialmente consciente, pues no duda al absolver la posición decimotercera que nunca ha negado la paternidad del Sr. R. pero tampoco tiene la certeza de que sea el padre, por tanto de estas manifestaciones se infiere con claridad meridiana que es la propia demandada-apelante quien reconoce la posibilidad de la paternidad del actor respecto a su hija. El resto de la prueba practicada en su mayoría testifical, resulta claramente favorable a la tesis sostenida en la demanda, e incluso las preguntas formuladas a los testigos de la parte contraria, sólo consiguen afirmar ese criterio; por el contrario los testigos que depone a preguntas de la demandada ninguna luz arrojan en relación con la pretensión de la Sra. G. Así pues que la negativa de la práctica de la prueba pericial biológica ha servido para confirmar la existencia de una realidad que se podía presumir del resto de las que obraban en autos. Menester es ponderar en cuanto resulta de aplicación al caso, con las salvedades debidas la doctrina de esta Sala consignada en la sentencia del TS de 3 de noviembre de 2001 al explicitar que la Sala, especialmente desde la sentencia del TC 7/1994, de 17 de enero, reiterada por la 55/2001, de 26 de febrero, ha mantenido que la negativa a someterse a la prueba biológica no es una ficta confessio que implique per se la declaración de paternidad, sino que, unida a otras pruebas, a otros indicios

o, en definitiva y en todo caso, a un juicio de verosimilitud de los hechos alegados, da lugar a la declaración de paternidad. Es decir, el demandado no puede impedir, con su simple obstrucción, la práctica de la prueba decisiva y, si lo hace, debe cargar con las consecuencias; someterse a la prueba biológica no es un deber pero sí una carga; en otras palabras, el demandado puede practicar la prueba y probar que no es el padre, desestimándose así la demanda y si se niega a practicarla, no puede cargar a la parte demandante las consecuencias de su negativa.

En este sentido, la mencionada sentencia del TC 7/1994, de 17 enero, dice (lo que recoge, entre otras, la sentencia de esta Sala de 26 de julio 1999): «Es evidente que, en los supuestos en que existen pruebas suficientes de la paternidad biológica ofrece a lo sumo un elemento de convicción que permite corroborar o contrastar la fiabilidad del resultado probatorio, ya obtenido por los otros medios de prueba. Precisamente donde el reconocimiento médico de los caracteres biológicos de los interesados despliega con plenitud sus efectos probatorios es en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda de paternidad no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad. En estos supuestos intermedios, en donde la pretensión de reconocimiento de la filiación ni resulta probado por otros medios, ni aparece huérfana de toda verosimilitud, es donde la práctica de la prueba biológica resulta esencial. En esta hipótesis, constatada judicialmente al acordar la práctica del reconocimiento biológico en la fase probatoria del proceso, no es lícito, desde la perspectiva de los arts. 24.1, 14 y 39 CE, que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial, y deje sin una prueba decisiva a quien insta de buena fe el reconocimiento de la

filiación». Consecuentemente, se desestima el motivo.

El motivo segundo (art. 1692.4.º LEC citada) acusa la vulneración del art. 7 CC en cuanto se inaplica el principio general de los actos propios. Paladinamente afirma la recurrente, tras reconocer, de manera implícita, en la argumentación que desarrolla, lo infundado de su pretensión (que se apoya en la tardanza en el ejercicio de la acción) que la doctrina de esta Sala al respecto «ampara de alguna forma un ejercicio arbitrario y contrario a la buena fe de su derecho que por la trascendencia que va a tener en la vida de un menor debe ejercitarse a la mayor brevedad posible». Pero su particular criterio no se sostiene en Derecho, puesto que, según reconoce la jurisprudencia de esta Sala integrando el art. 133 CC ha establecido que la acción es imprescriptible, lo que conlleva que no hay ejercicio tardío del derecho con relevancia jurídica que permita acoger el motivo. Por ello, se rechaza.

Tampoco puede prosperar el motivo tercero que denuncia inaplicación del art. 39 CE en relación con el art. 59.3 de la Ley del Registro Civil y los arts. 108 y 109 CC, puesto que, como razona el Ministerio Fiscal en su dictamen, considerando las peticiones relativas al cambio de apellidos o su permanencia, «estos dos últimos problemas no pueden ser motivos del recurso de casación, pues el orden de apellidos viene determinado legalmente, sin perjuicio de la facultad del hijo de poder en su momento alterar el orden de los mismos, y los perjuicios alegados, de forma subjetiva, no pueden ser objeto del recurso de casación, por lo que el problema se centra en determinar si se ha acreditado la filiación, y como dicen las sentencias de instancia y de apelación, las pruebas practicadas, unidas a la negativa de la madre a la práctica de la prueba biológica, y a las demás pruebas, es un indicio suficiente para determinar la filiación, y por consiguiente desestimar los motivos».

6. *No es necesario demandar a la esposa del presunto padre en el procedimiento de reclamación de paternidad contra aquél, ya que no bastan los meros efectos reflejos del proceso en un tercero para justificar la necesidad de su intervención.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de marzo de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Dolores, como representante legal de su hijo menor de edad Cristóbal interpuso demanda de menor cuantía contra D. Pascual solicitando se dictara sentencia “por la que se declare que D. Pascual es padre extramatrimonial, por naturaleza de Cristian practicando la oportuna inscripción registral de filiación con los siguientes apellidos, G.V., establezca la cantidad de cincuenta mil pesetas mensuales (50.000 ptas.) que deberá satisfacer por alimentos, las cuales serán incrementadas anualmente conforme a la variación del Índice de Precios al Consumo y todo ello con expresa condena de los gastos y costas del presente procedimiento.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 10 de Sevilla dictó sentencia el 8 de abril de 1996 estimando la demanda y excluyéndole de la patria potestad y demás funciones tuitivas sin ostentar derechos por Ministerio de la Ley respecto de tal hijo o de sus descendientes o en sus herencias por haberse determinado la filiación contra su oposición, estando obligado a abonar a su hijo, en concepto de alimentos, la cantidad mensual de 50.000 ptas., que deberá entregar dentro de los cinco primeros días de cada mes, cantidad que será revisada anualmente en el mismo porcentaje en que lo sea el índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística u organismo que lo sustituya, condenándole a estar y pasar por esta declaración, y pasando a ser los apellidos del menor, a partir de esta sentencia, los de “G.” y “V.”, condenando al demandado al pago de las costas.
- En grado de apelación, la Sec. 5.ª de la AP de Sevilla dictó sentencia el 6 de mayo de 1997 desestimando el recurso interpuesto.
- D. Pascual interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero, citando como infrin-gido el art. 612 en relación con el 631, am-bos de la misma ley, pretende que se repon-gan las actuaciones para que se acceda a la «ampliación» de la prueba pericial biológi-ca propuesta por el hoy recurrente en la pri-mera instancia y reiterada en apelación, ale-gando al efecto que no se ha negado a some-terse a prueba biológica, «sino que a ello se avenía, cuando en dicha prueba hubiera de considerarse y tener en cuenta, los extremos solicitados sin la limitación de inercia habi-tual».

Así planteado, el motivo ha de ser deses-timado por inobservancia de los requisitos que el art. 1693 LEC de 1881 impone para la viabilidad de cualquier motivo de casa-ción fundado en quebrantamiento de forma por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, ya que si bien es cierto que el hoy recurrente interesó en el período probatorio de la primera instancia una ampliación de la prueba pericial bioló-gica propuesta por la parte actora, no lo es menos que, salvo una alusión en su escrito de conclusiones, nada volvió a alegar al res-pecto en tiempo hábil pese a las numerosas ocasiones que tuvo de hacerlo, pues no sólo durante la primera instancia se dictaron al menos dos providencia acordando practicar la prueba como se había pedido por la parte demandante y se requirió al efecto al de-mandado hoy recurrente, quien incluso ma-nifestó su intención de comparecer el día señalado por el Instituto Nacional de Toxi-cología, sino que además el mismo recu-rrente en casación, tras personarse como apelante ante el tribunal de segunda instan-cia, dejó pasar el plazo especialmente esta-blecido por el art. 707 LEC de 1881 para pedir el recibimiento de los autos a prueba sin hacerlo, y no fue sino en el trámite de instrucción, señalada ya la vista del recurso de apelación conforme al art. 709 de la mis-ma ley, cuando al amparo de los arts. 859 y 860 de ésta reprodujo su antigua petición de

ampliación de la prueba pericial, sin caer en la cuenta de que por tratarse de apelación de un juicio de menor cuantía no era aplicable dicho art. 860 sino el referido art. 707, se-gún le indicó, por ende, el propio tribunal de apelación en providencia de 1 de julio de 1996, notificada el siguiente día 9, constan-do en el rollo de apelación una diligencia de ordenación del día 22 del mismo mes me-diante la que se pasaban las actuaciones al magistrado ponente por haber «transcurrido el término de Ley sin que las partes hayan solicitado recibimiento a prueba en la se-gunda instancia». No hubo, pues, atisbo al-guno de indefensión de la parte hoy recu-rrente, sino pura y simple pasividad de ésta en relación con la «ampliación» que ahora, en casación, parece considerar esencial.

Aunque lo antedicho justifica más que sobradamente la desestimación del motivo, no deben dejar de señalarse otras razones que en cualquier caso habrían determinado igualmente su rechazo, pues el planteamien-to del recurrente supone tanto como querer erigirse en árbitro de la prueba, por encima incluso del juez. Así, mientras la parte actora propuso la prueba pericial biológica a practicar por el Instituto Nacional de Toxi-cología, que fue oportunamente admitida por el juez de Primera Instancia, la represen-tación del demandado hoy recurrente, «para el supuesto de que mi mandante acepte so-meterse a la prueba biológica (no hemos po-dido contactar con el mismo)», interesó que tal prueba se ampliara o matizara en rela-ción con el número de marcadores o caracte-res coincidentes entre la madre y el hijo en el tanto por ciento que se señalara, indican-do si el resto de los marcadores o caracteres establecidos en el citado tanto por ciento era coincidente o no entre el niño y los corres-pondientes al demandado y, para el supuesto de coincidencia total, «qué certeza cabe dic-taminar con absoluto rigor científico y cuál el posible error o indeterminación, con mo-tivación de las determinantes», así como, fi-

nalmente, «si caso de no haber coincidencia total entre los porcentajes en los anteriores aps. 2.º y 3.º cabe afirmar la no paternidad en el asunto objeto del dictamen». Por providencia de 10 mayo 1995 se acordó librar oficio al Instituto Nacional de Toxicología para que emitiera informe y requerir al demandado para que se sometiera a los exámenes y análisis precisos para la pericia, con apercibimiento de que su negativa podría ser valorada aprobatoriamente en su contra. Una vez comunicada por el Instituto Nacional de Toxicología la fecha para la comparecencia conjunta de madre, hijo y demandado, se dictó nueva providencia con fecha 6 de junio de 1995 acordando notificar esa fecha a las partes y requerir al demandado para que en el día y hora señalados compareciera ante dicho organismo, de nuevo bajo apercibimiento de que, de no hacerlo, su incomparecencia podría ser valorada probatoriamente en su contra. Tal requerimiento se practicó el siguiente día 26, apercibiendo al demandado en el sentido acordado, y éste manifestó «que se da por requerido y que tiene la intención de comparecer dicho día y hora en dicho instituto a los efectos para los que ha sido requerido». Sin embargo, llegados el día y hora señalados sólo se presentó en el Instituto Nacional de Toxicología la madre con el niño, y el demandado ninguna explicación dio al respecto hasta que, en el escrito de conclusiones o resumen de pruebas, se alegó lo siguiente: «En el caso que nos ocupa, singularmente considerado, vino mi mandante a ser informado por su representación (art. 7 de la LEC) en este litigio, del tenor literal del Otrosí de nuestro escrito de fecha 24 marzo 1995 interesando ampliación de la prueba pericial, conforme al art. 612 de la Ley de Procedimiento Civil, habiendo venido a conocer mi representado que en el Instituto de Toxicología no consta petición del detalle ampliatorio que se reseña en dicho Otrosí, y si sólo se practicarían los estudios heredo-biológicos habituales, por lo que no se trata de una obstrucción al resultado de una prueba, sino de una actividad prudente dentro de un egoísmo lícito y

excusable humanamente haciéndose constar sin perjuicio de que el Juzgado para el supuesto de que estime necesaria la prueba como soporte indispensable para la sentencia, esta prueba se facilite con la aplicación interesada».

Bien claro resulta de todo ello que el demandado-recurrente, amparándose en una petición aparentemente revestida de un pretendido cientifismo pero en sí misma vacía o irrelevante, pues conocido resulta que los informes del Instituto Nacional de Toxicología responden a la esencia de las cuestiones en las que aquél decía mostrar gran interés, lo que en realidad estaba haciendo era iniciar una táctica obstruccionista en cierto modo delatada ya por la propia petición de ampliación («para el supuesto de que mi mandante acepte...»), disimulada cuando el demandado aparentó ante el juez de Primera Instancia una voluntad de someterse a la prueba biológica sin poner condición alguna, evidenciada cuando pese a ello dejó de comparecer ante dicho organismo y, en fin, corroborada, más que desvirtuada, por la explicación ofrecida en fase de conclusiones amparándose en «un egoísmo lícito y excusable humanamente». Lo que hubo, pues, fue pura y simple obstrucción a la práctica de la prueba, que por su naturaleza quedaba confiada a las técnicas del Instituto Nacional de Toxicología conforme al art. 631 LEC de 1881 y no a las que el demandado creyera más oportunas, y también deslealtad manifiesta para con el órgano judicial y la parte contraria al declararse una voluntad de colaborar que en realidad era inexistente, faltando así a las exigencias de la buena fe procesal que impone el art. 11 LOPJ.

Menor fundamento tiene aún, si cabe, el motivo segundo y último del recurso que, fundado en «no aplicación del principio contenido en el art. 24 de la Constitución», plantea la queja de que la esposa del recurrente «no ha sido notificada ni tan siquiera del inicio de este litigio, habiéndose propuesto la demanda exclusivamente contra mi mandante», por lo que, siendo el litiscon-

sorcio pasivo necesario «estimable por los Tribunales incluso sin rogación de parte» e incidiendo el proceso «en los intereses que han de ser respetados de la esposa de mi mandante», habría de cuidarse por esta Sala «que el litigio se lleve con presencia de todas las personas que puedan resultar afectadas o alcanzadas en el fallo», pues «nadie puede ser condenado sin ser oído en juicio».

Realmente basta con preguntarse a qué tendría que ser condenada la esposa del recurrente en virtud de la demanda, no encontrándose respuesta posible, para evidenciar la total falta de base de este motivo. Si a ello se une que mediante el mismo se plantea una cuestión absolutamente nueva, pues que una excepción sea apreciable de oficio no autoriza al recurrente a prescindir en casación de la rigurosa observancia del art. 1693

LEC de 1881 (TS SS 24 de mayo de 1997, 14 de diciembre de 1998 y 4 de diciembre de 2000), que tampoco la cita del art. 24 de la Constitución exime del cumplimiento de los requisitos que impone dicho art. 1693 (TS SS 10 de mayo de 1993, 27 de marzo de 1995 y 5 de julio de 1996), que la correcta formulación de un motivo fundado en falta de litisconsorcio pasivo necesario exige la cita de dos o más sentencias de esta Sala cuya común doctrina se considere infringida (TS SS 23 de marzo de 1993 y 15 de marzo de 1996) y, en fin, que esta Sala tiene declarado hasta la saciedad que no bastan los meros efectos reflejos del proceso en un tercero para justificar la necesidad de su intervención (TS SS 3 de octubre de 2002 y 8 de noviembre de 2002 entre las más recientes), la desestimación del motivo no viene sino a corroborarse.

II. RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

1. *Carácter privativo de la indemnización percibida por la esposa como consecuencia de un accidente, si bien al confundirse su importe con el dinero de la sociedad ganancial, tendrá derecho en la liquidación a su reintegro, sin que proceda dar carácter privativo a determinados bienes adquiridos constante el matrimonio.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a , Sentencia de 14 de enero de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Juan interpuso juicio de menor cuantía contra D.^a Isabel, solicitando que se dictase sentencia declarando los bienes que integran el activo y las deudas del pasivo conforme interesaba en su escrito de demanda.

- Por su parte, D.^ª Isabel también interpuso demanda contra su *ex* esposo solicitando igualmente la liquidación de la sociedad de gananciales, si bien con base en el inventario que ella entendía procedente.
- El Juzgado de 1.^ª Instancia n.º 3 de Baracaldo dictó sentencia el 4 de mayo de 1999 cuya parte dispositiva es como sigue: “Que estimando parcialmente la demanda interpuesta D. Juan contra D.^ª Isabel así como estimando también en parte la demanda acumulada interpuesta por D.^ª Isabel contra D. Juan. debo declarar y declaro liquidada la sociedad de gananciales entre D. Juan y D.^ª Isabel, adjudicándose la esposa D.^ª Isabel la vivienda sita en Baracaldo; así como el ajuar doméstico que corresponde a este apartamento; y a D. Juan, el estudio de Laredo, el ajuar y mobiliario del citado estudio, así como las inversiones de capital que asciende a 1.350.000 ptas., debiendo ser compensado en la suma de 77.787 ptas. por D.^ª Isabel, determinándose en ejecución de sentencia la deducción de esta última suma de un cincuenta por ciento de aquellos abonos que correspondían a D. Juan de gastos comunes respecto al estudio de Laredo en materia de tributos, e impuestos municipales, gastos de comunidad desde el 8 de marzo de 1990 y abono de amortizaciones de préstamo hipotecario que afecta al meritado estudio realizada a costa sólo de D.^ª Isabel después de la fecha de 27 de marzo de 1998. Que cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad”.
- En grado de apelación, la Sec. 1.^ª de la AP de Vizcaya dictó sentencia el 1 de febrero de 2000 desestimando el recurso de apelación interpuesto por D.^ª Isabel.
- D.^ª Isabel interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo estableciendo a favor de la recurrente el derecho de reintegro por aportación de bienes privativos.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

La recurrente ingresó en su haber, constante matrimonio, la cantidad de seiscientas setenta y cinco mil pesetas (675.000 pts), en concepto de suma percibida de la herencia de su madre, más, en otro momento, la cantidad de un millón ciento cuarenta y nueve mil pesetas (1.149.000 pts), en concepto de indemnización, recibida como resarcitoria, de un accidente que padeció. Estos datos, extraídos del fundamento jurídico segundo de la sentencia de primera instancia, los hace suyos la sentencia impugnada que res-

pecto de éstos, manifiesta, como introducción, “que se comparten los de la sentencia recurrida”. La “res dubia” subsistente se centra en la pretensión de la recurrente, resistida por el recurrido, de sostener que son bienes privativos, de ella, las sumas dinerarias depositadas en la “Caja B.” y los bonos del INI, más la vivienda que describe situada en Laredo, con su mobiliario y ajuar, que el contador particular atribuyó a la sociedad de gananciales.

En el primer motivo del recurso se alega la infracción de los artículos 1137 y 1772 del Código civil. Comienza señalando el Tribunal Supremo que ninguno de estos dos preceptos guarda relación directa con el tema debatido, ni la breve argumentación del motivo concreta el alcance de las dichas infracciones, de manera, que la jurisprudencia que se cita, a propósito de las cuentas corrientes bancarias, con pluralidad de titulares, no hace al caso, frente al hecho probado de que los ingresos privativos de la esposa, se confundieron con el dinero de la sociedad conyugal. Por tanto, el motivo se desestima.

En cuanto a los otros motivos, que conforman el núcleo del problema, se denuncia la infracción del art. 1346 del Código civil, acerca de la calificación de los bienes privativos y del 1364 del Código civil sobre el derecho del cónyuge que hubiere aportado bienes privativos al reintegro de su valor. Sin duda, señala nuestro más alto Tribunal, que las sumas ingresadas en la sociedad conyugal, conforme a lo establecido en el fundamento primero, es decir, la cantidad total de un millón ochocientas veinticuatro mil pesetas (1.824.000 pts), constituyen bienes privativos de la esposa, según lo dispuesto en los números segundo y sexto del artículo 1346. Consecuentemente, al no haberse probado que la referida suma se desti-

nara a la adquisición de bienes determinados, sino que, simplemente, —confundida con el dinero ganancial— se dedicó al sostenimiento de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, procede que, por aplicación del artículo 1364 del código civil se reconozca su derecho a ser reintegrada de su valor a costa del patrimonio común. Por tanto, se acogen los expresados motivos, con el efecto de casar, parcialmente, la sentencia recurrida y declaración de que cada parte debe satisfacer las costas causadas a su instancia en el presente recurso.

La declaración de haber lugar al recurso, sin imposición de costas, comporta la necesidad de casar parcialmente la sentencia de instancia, que debe sustituirse por la resultante de rectificar las partidas reconocidas en el fundamento segundo de la sentencia de primera instancia, aceptada por la impugnada, con la variante de reconocer, además, en favor de la recurrente D.^a Isabel un crédito a su favor contra el patrimonio de la sociedad de gananciales en liquidación por valor de un millón ochocientas veinticuatro mil pesetas (1.824.000 pts.), aportada, en su día, como bienes privativos que deberán abonarse a cargo de los bienes remanentes, mediante los reajustes en las adjudicaciones o venta de bienes que sean precisos en ejecución de sentencia.

2. *Las obligaciones económicas que se imponen al esposo en el procedimiento matrimonial tienen carácter personal y nunca pueden ser consideradas como una deuda de la sociedad de gananciales.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 25 de enero de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada Gómez.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Carlos formuló demanda de menor cuantía contra D.^a María del Carmen, sobre oposición al cuaderno particional confeccionado por el Con-

tador-Partidor Dirimente D. Pelayo en los autos de liquidación de Sociedad de Gananciales, solicitando que se dictase sentencia por la que: a) Se valoren los dos vehículos de carácter ganancial en la cifra de 561.000 ptas., subsidiariamente se valoren en aquella otra cantidad que en prueba o ejecución de sentencia se acredite corresponder a su actual precio de mercado. b) Se ordene excluir de adjudicación, quedando indiviso, el chalet situado en Soto de Llanera; subsidiariamente a dicho pronunciamiento, se valore dicho chalet en la cifra que resulte de la subasta del mismo en el procedimiento hipotecario 297/94 del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Oviedo y, subsidiariamente a los dos anteriores, se valore en aquella otra cantidad que en prueba o ejecución de sentencia se acredite corresponder con su actual precio de mercado. c) Se ordene excluir de adjudicación, quedando indivisa, la deuda con garantía hipotecaria a favor de D. José Carlos. d) Se excluya del inventario la deuda incluida en el mismo a favor de D. José Carlos, por importe de 931.220 ptas., correspondiente al pago de cuotas del crédito hipotecario del que era titular el matrimonio; subsidiariamente, se cifre dicha deuda en la cantidad de 628.330 pesetas. e) Se excluya del inventario, el crédito personal en el “Banco B.”, por importe de 2.300.000 ptas., subsidiariamente a dicho pronunciamiento, se excluyan del inventario, por su carácter privativo de D. José Carlos, 300 acciones de “Banco E.”, 200 de “Banco I.” y 1600 de “S.”. f) Se incluyan en el inventario, como gananciales, el saldo de las cuentas abiertas por la esposa en entidades bancarias. g) Se incluya en el inventario el ajuar, joyas y alhajas, bibliotecas y mobiliario propiedad del matrimonio, que quedó tras la separación en el interior del chalet situado en la “Urbanización S.”. h) Se excluyan del inventario las pensiones alimenticias y compensatoria a favor de D.^a María del Carmen por importe de 3.340.000 pesetas. i) Se excluyan del inventario el crédito a favor de la esposa por haber pagado una factura en la notaría del Sr. Caicoya. j) Se incluya, como deuda de D.^a María del Carmen para D. José Carlos, el valor correspondiente al material informático, programas, libros de carácter técnico y antiguos de las que se apropió; subsidiariamente, se incluyan en el inventario como gananciales por su valor de mercado. k) Se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y, todo lo demás que de ello derive según derecho. Se impongan a la demandada las costas judiciales causadas.

- Admitida a trámite la demanda la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia desestimatoria de la demanda confirmando en todos sus términos el cuaderno particional dirimente; o subsidiariamente, dicte sentencia por la que se modifiquen las operaciones particionales en los siguientes extremos: nueva valoración de 561.000 pesetas de los vehículos

gananciales, adjudicación a D. José Carlos de las acciones de “Banco E.”, “Banco I.” y “S.”, y la compensación final en la medida que resulte necesaria con la deuda por alimentos y pensión compensatoria que se acredite en período probatorio o ejecución de sentencia; con expresa imposición de las costas a la parte actora.

- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 7 de Oviedo dictó Sentencia el 15 de abril de 1996 estimando parcialmente la demanda ordenando que el Contador proceda a incluir en el referido cuaderno las modificaciones indicadas en el F.J. 2.º de la sentencia; y sin expresa imposición de las costas, debiendo satisfacer cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad”.
- En grado de apelación la Sec. 5.^a de la Ap de Oviedo, dictó sentencia el 25 de abril de 1997 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.
- D. José Carlos interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Oviedo de 15 de abril de 1996, se confirma por la de la Audiencia Provincial, Sección Quinta de dicha Capital, de 25 de abril de 1997, salvo en la valoración del precio de la vivienda correspondiente, con lo que se decide en la instancia la acción entablada por el marido separado contra su esposa impugnando las operaciones divisorias insertas en el cuaderno de la liquidación de la sociedad de gananciales.

En el recurso de casación del actor se articulan los siguientes motivos: En el motivo primero, se denuncia fundamento doctrinal y legal aducidos como motivo de casación por infracción de normas del ordenamiento jurídico y jurisprudencia en materia de impugnación de operaciones divisorias referentes a la liquidación de sociedad de gananciales. Art. 1692.4 LEC, por infracción del ordenamiento jurídico, e indebida valoración de prueba documental. Aunque en el motivo se observa la carencia a priori de los artículos infringidos, no obstante, a continuación se relatan las siguientes violaciones: Sobre la exclusión de la vivienda fami-

liar del inventario, pues, el mismo ha de permanecer indiviso, no se acoge, porque la Sala a quo razona la adjudicación preferente de dicha vivienda a la esposa, e, incluso, conforme con la voluntad del hijo de ambos —FJ 1.º— al igual que sucede respecto a la misma exclusión del crédito a favor del hijo del matrimonio por pesetas 931.220, porque se constata, sin que se rebata en forma, que el desembolso de ese crédito se hizo en beneficio de la Sociedad. Respecto a los efectos integrantes del ajuar, material informativo y libros, ha de estarse a la convicción recta del FJ 2.º de la recurrida sobre su inexistencia o procedencia de la anterior vivienda. Tampoco cabe atender la denuncia sobre la prueba de presunciones, que no ha sido tenida en cuenta por la recurrida, según TS S de 16 de febrero de 2002: «Es doctrina reiterada y constante que el art. 1253 CC, autoriza al juez, más no le obliga, a utilizar la prueba de presunciones, por lo que cuando el juzgador de instancia no hace uso del mismo para fundamentar su fallo y sí de lo que resulta de las pruebas directas obrantes en los autos, no resulta infringido dicho pre-

cepto (SS de 3 de diciembre de 1988, 7 de julio de 1989, 21 de diciembre de 1990 y 17 de julio de 1991). La censura del proceso hermenéutico no es lícito verificarla a través de denuncia de la vulneración del art. 1253 CC aduciendo que la Sala de instancia debió seguir aplicando dicho artículo, un proceso presuntivo (SS 23 de septiembre y 4 de noviembre de 1988), pues no se infringe el precepto por su no aplicación máxime cuando los hechos que se declaran probados lo han sido por pruebas directas y no hay necesidad de acudir al medio indirecto de las presunciones (SS 22 de febrero, 16 de marzo, 5 y 24 de mayo, 2 de junio y 2 de noviembre de 1989). También es doctrina reiterada que por su especial naturaleza (deducción personal del Juez), es difícil que pueda exigírsele su aplicación y excepcional que en casación pueda impugnarse haberse omitido su empleo, a menos que esta prueba hubiera sido propuesta por las partes y discutido en el pleito (SS de 30 de abril y 11 de octubre de 1990) ... en todo caso, hay que insistir en que esta Sala descarta que se le pueda exigir que emplee dicho medio probatorio (SS 5 de febrero, 11 de marzo, 6 y 27 de octubre, 11 de noviembre, y 9 de diciembre de 1988). La S. 23 de febrero de 1987, haciendo alusión a la 11 de junio de 1984, señala que si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace preciso y directo que religa el hecho base en el hecho consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontraríamos ante verdadera presunción, sino ante los facta concludentia que efectivamente han de ser concluyentes o inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia, y lo que se ofrece al control de la casación a través del art. 1253 CC es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, existiendo multitud de sentencias en que se reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles; así recoge la S 23 de abril de 1980, que “cabe traer a casación el tema de las presun-

ciones no sólo en el caso más frecuente de que la Sala sentenciadora acuda a ellas sin que exista el enlace preciso y directo que es obligatorio, sino en el excepcional de que existiendo aquél se denuncie la omisión en la aplicación de esta prueba, cuando de ella sea forzoso tratar por haberse planteado la cuestión afectante a la misma en los escritos iniciales del litigio”; y la 5 de junio de 1986 destaca que “si bien por regla general no se infringe el art. 1253 cuando el juez no utiliza el medio indirecto de las presunciones, no lo es menos que por excepción cuando un hecho se tenga por completamente acreditado y de él se infiera con la fuerza lógica que la ley exija la realidad de otro, si el Tribunal así no lo reconoce, cabe la denuncia de la infracción de tal precepto, siempre que se trate de materia discutida en el período expositivo del juicio...”». (SS 18 de marzo de 1993; 16 de septiembre de 1995; 22 de octubre de 1995; 19 de marzo de 1999; 23 de julio de 1999; 27 de enero de 2000; 25 de octubre de 2000; 21 de noviembre de 2000; 5 de marzo de 2000). En todo caso, la prevalencia de la valoración del inmueble que se cita según el FJ 2.º in fine es irrefragable. Y por último, respecto al carácter común de obligaciones alimenticias satisfechas por el actor recurrente, se responde al examinar el motivo siguiente.

En el motivo segundo, se denuncia la indebida aplicación y observancia de lo dispuesto en el art. 1398.1 CC en relación con lo previsto en el art. 1399 en relación al art. 95 primer párrafo del CC, y en concreto en materia de inclusión en inventario de deudas con cargo a la sociedad de gananciales así como error en valoración de la prueba. Se denuncia, pues, que no se haya incluido en el inventario como deuda común, la suma que se cita por pensiones alimenticias y compensatoria abonadas por el actor, en armonía con lo dispuesto en los artículos citados e, incluso, con los del precedente art. 1368 y 1408 todos del CC, respecto a cuya alegación, se subraya la total inconsistencia de la pretensión del actor hoy recurrente,

porque, no puede haber mayor solidez aplicatoria de esa legalidad cuando la Sala acierta al considerar que la asunción de esas obligaciones a cargo del cónyuge separado funciona como una suerte de pena económica o personal que jamás puede calificarse con el carácter de deuda común del consorcio, como ocurriría cuando el mismo funcionara al margen de la patología o crisis desencadenada ex post. Se denuncia también en el motivo, la omisión que la recurrida efectúa sobre el decurso de la cuenta bancaria

que tampoco se acoge, pues, la primera sentencia ya lo tuvo en cuenta en su FJ 2.º y, la Audiencia la acoge al confirmarse la misma y, por último, en cuanto a la petición de la rescisión por lesión de las operaciones particionales ex art. 1074, se contesta que, amén no se introdujo nominatim en el petitum inicial, ni se planteó en la apelación, se confirma cuanto en ese sentido se razonó para su improcedencia en el FJ 1.º del Juzgado. Por lo que, se desestima el recurso con los demás efectos derivados.

3. *Desestimación de la tercería de dominio basada en el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, ya que la anotación de la escritura en el Registro Civil tuvo lugar después de practicarse la traba, no siendo por tanto oponible frente al tercero que embargó el bien inmueble.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª Sentencia de 5 de febrero de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Isabel interpuso demanda de tercería de dominio contra C. S.C.A. y D. Pedro solicitando se dictase sentencia declarando que los bienes objeto de embargo y que se relacionan en el hecho primero, son propiedad y pertenecen a D.ª Isabel y ordenar se alce el embargo trabado sobre los mismos dejándolos a disposición de mi poderdante y condenando a las costas a los demandados.”.
- Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada “C., S.C.A.”, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: “...dicte en su día sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda de tercería, absuelva a mi principal de todos sus pedimentos, con expresa imposición de costas a la actora tercerista”. Por el codemandado D. Pedro, compareció en el Juzgado al objeto de allanarse a la demanda.

- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Amposta dictó sentencia el 22 de abril de 1996 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 1.ª de Tarragona, dictó sentencia el 28 de diciembre de 1996 desestimando el recurso interpuesto por D.ª Isabel.
- D.ª Isabel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La base del recurso se centra en la infracción el 44 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 1923.4 del Código Civil, y el mismo es desestimado por el Tribunal Supremo.

La base de la acción de tercería que esgrimió en su momento la parte recurrente, tiene como base el otorgamiento de capitulaciones matrimoniales el 16 de mayo de 1967, y prescindiendo, por no ser esencial para solución de la presente litis, de la naturaleza del régimen patrimonial sentado en dichas capitulaciones, el caso es que hasta el día 1 de febrero de 1995 no se lleva a cabo la necesaria anotación de las mismas en el Registro Civil en que consta la inscripción matrimonial, como exige no sólo el artículo 77 de la Ley del Registro Civil, sino también el artículo 12-4 de la Ley catalana de relaciones patrimoniales entre cónyuges, Ley

8/1993 de 30 de septiembre, para que dichas capitulaciones tengan efectos con respecto a terceros.

Entre esos terceros se encuentra, en este caso concreto, la parte recurrida, la firma “C., S.C.A.”, que obtiene su derecho sobre los bienes embargados a través de una sentencia judicial dictada el 5 de marzo de 1993.

Todo lo cual lleva ineludiblemente, a la conclusión de la inoponibilidad de la parte recurrente de su pretensión de mejor dominio sobre unos bienes embargados con anterioridad a la precisa inscripción del régimen patrimonial modificado que comprendían los mismos, pues los pactos establecidos en el mismo, obligan a los cónyuges, pero no pueden hacerlo con respecto a terceros por lo menos hasta el momento de su publicidad registral.

4. *Rescisión de la compraventa entre cónyuges por haberse realizado en fraude de acreedores*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de marzo de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

ANÁLISIS DEL CASO

- La Tesorería General de la Seguridad Social interpuso demanda de menor cuantía contra D. José y contra su esposa D.ª Águeda, sobre acción reivindi-

catoria o pauliana por fraude de acreedores, solicitando que se dictase sentencia por la que se declare: "... la nulidad de pleno derecho o en su caso la inexistencia del contrato de compra-venta celebrado entre los demandados, por simulación absoluta, o, subsidiariamente, se declare resuelto el indicado contrato, por fraude a los acreedores, al amparo de los artículos 1111 y 1291.3 y concordantes del Código Civil, condenando a los demandados al pago de todas las costas del presente juicio".

- Admitida la demanda y emplazados los demandados, se personaron en autos oponiéndose a la demanda y solicitando su desestimación.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 23 de Barcelona dictó sentencia el 14 de febrero de 1996 estimando la demanda y declarando rescindido por estar celebrado en fraude de acreedores el contrato de compraventa instrumentado entre los codemandados en escritura de 17 de mayo de 1990 inscrita el 3 de julio de 1991 con condena a los demandados a pasar por tal resolución según la cual la finca vendida el 17 de mayo de 1990 volverá a formar parte del patrimonio del codemandado con cancelación de los asientos registrales que al efecto procedan y todo ello con imposición de costas a los demandados y con mantenimiento de la medida de anotación de demanda hasta la total ejecución de esta resolución".
- En grado de apelación, la Sec. 14.ª de la Ap de Barcelona dictó sentencia el 31 de mayo de 1997 desestimando el recurso de casación interpuesto por los demandados.
- D. José y D.ª Águeda interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo se denuncia la infracción del artículo 1215 del Código Civil, por cuanto la Audiencia Provincial ha ignorado la abundante prueba documental aportada por la ahora recurrente de la que se desprende que desde dos años antes del otorgamiento de la escritura de compraventa de litigio, era ella quien venía pagando las hipotecas que gravaban la finca objeto de la misma, mediante ingresos procedentes de su nómina cuyo importe bruto ascendía a 600.000 ptas. mensuales. Pese a ello, la sentencia impugnada se basa en la falta absoluta de prueba de la capacidad económica de la demandada para asumir realmente el pre-

cio pactado, aun cuando lo fuere bajo la fórmula de correr con la amortización de las hipotecas que gravaban la finca.

Respecto a estas alegaciones de la recurrente ha de tenerse en cuenta que, como ha señalado el Ministerio Fiscal, si bien aparentemente se invoca la infracción del precepto del Código Civil que se cita, realmente lo que se impugna es la valoración de la prueba que ha realizado, dentro de lo que es su genuina facultad, la Audiencia Provincial, pretendiendo una nueva apreciación probatoria a cargo de esta Sala que es absolutamente inadmisibles en un recurso de ca-

rácter extraordinario como es el de casación, no susceptible de ser confundido con una tercera instancia.

Por otra parte, en modo alguno han sido ignorados los documentos aportados a los autos, pues a lo declarado por el Juzgado y aceptado por la Audiencia, puede añadirse lo siguiente:

a) Aparecen adeudados en la libreta ... de “Caja de Ahorros C.” los recibos mensuales correspondientes al préstamo hipotecario núm. ... 3, los cuales se emitieron a nombre de D. José en el período comprendido ente 1 de enero de 1989 y 1 de junio de 1990 (folios 190 a 207); pasaron luego a tener como destinataria a D.^a Águeda entre 1 de julio de 1990 y 1 de febrero de 1991 (folios 208 a 215) y se giraron a nombre de ambos cónyuges demandados entre 1 de marzo de 1991 a 1 de julio del mismo año (folios 216 a 220). Posteriormente aparecen recibos a nombre únicamente de D.^a Águeda, correspondientes a los meses de agosto a diciembre de 1991 (folios 221 a 225) y el 6 de febrero de 1995 (folio 226).

b) En la misma libreta se adeudaron recibos del préstamo hipotecario núm. ..., girados a nombre de D. José entre 1 de enero y 1 de junio de 1990 (folios 228 a 233). Figuran en cambio a nombre de D.^a Águeda los correspondientes a los períodos 1 de julio y 1 de diciembre de 1990 (folios 234 a 239); 8 de enero a 4 de diciembre de 1992 (folios 240 a 257) y el de fecha 6 de febrero de 1995 (folio 227).

c) Aunque en la certificación de la entidad mencionada (de fecha 3 de octubre de 1995) (folio 189), se afirma que la titular única de dicha libreta es D.^a Águeda no se precisa si lo ha sido también con anterioridad o desde la apertura de la misma, ni se concreta la procedencia de los fondos ingresados en ella.

d) Ciertamente al folio 252 obra una sola nómina de D.^a Águeda correspondiente al mes de septiembre de 1995, en el que el total de sus devengos ascendió a 600.000 ptas. y el líquido a percibir a 420.820 ptas.

De dicho documento se desprende que la antigüedad de la recurrente en la empresa “N., S.L.” databa de 1 de marzo de 1994. Ninguna prueba se ha aportado respecto a retribuciones anteriores a este fecha.

Aparte de los datos que anteceden, por el Juzgado de Primera Instancia se han anotado otros significativos como el de que la vía de apremio iniciada por la Seguridad Social contra el esposo de la recurrente había sido notificada al mismo el 19 de septiembre de 1988 (es decir, año y medio antes del otorgamiento de la escritura de autos) a través de una persona que se hallaba en el domicilio de los demandados y a la que éstos negaron conocer y que luego se acreditó que era la madre de la recurrente. Debe también recordarse el posterior ocultamiento de D. José respecto al cambio de su domicilio. Por todo lo expuesto, el motivo ha de ser desestimado.

En el segundo motivo se alega la infracción del artículo 1253 del Código Civil, señalándose que el pago de las hipotecas y la percepción de una nómina mensual de elevada cuantía imponían la presunción de que la recurrente era una adquirente de buena fe, pues abonaba las hipotecas aun antes del otorgamiento de la escritura de compraventa, desde una cuenta corriente exclusivamente suya y con medios económicos asimismo suyos. Por ello había exigido a su esposo que otorgara escritura pública a su favor, en la que no existía pago material de precio al vendedor pues lo había retenido la compradora para hacer frente a las amortizaciones hipotecarias.

Se hace preciso resaltar que ni la sentencia impugnada ha utilizado la prueba de presunciones, ni ésta puede serle impuesta por la recurrente, máxime si se tiene en cuenta que la Audiencia no ha considerado acreditado que el dinero con que se abonaban las amortizaciones hipotecarias fuese de la exclusiva titularidad de D.^a Águeda, que es precisamente el hecho base que por la misma se señala para establecer la presunción que pretende sea apreciada. El motivo, por todo ello, ha de ser asimismo rechazado.

5. *Desestimación de la demanda interpuesta por el esposo contra la esposa a fin de que se declare que son de su propiedad una serie de inmuebles que constan en el Registro de la Propiedad a nombre de esposa con la que se casó en régimen de separación de bienes, ya que de las pruebas aportadas no se acredita que el pago del precio de los inmuebles los hubiese efectuado el esposo con dinero propio, sin que por otro lado puede entenderse que existe una donación al faltar el requisito sustancial de la escritura pública.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 21 de marzo de 2003.
Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Leontius interpuso demanda de menor cuantía contra su esposa D.^a Therèse, en la que, tras exponer hechos y fundamentos de derecho, suplicó: “Dicte en definitiva sentencia en la que condenando a la demandada, se declaren en dicha sentencia los siguientes pronunciamientos: 1.^o) Que las fincas que constan en el hecho Décimo de la demanda, fueron adquiridas con dinero del actor y no de la demandada. 2.^o) Que se declare que el verdadero titular y propietario de las fincas enumeradas en el hecho Décimo de la demanda es D. Leontius y no la demandada, condenando a la demandada a reintegrar al actor dichas fincas, alternativamente declarándose la nulidad de las adquisiciones efectuadas por la demandada. 3.^o) Que alternativamente se declare que las fincas referidas pertenecen a ambos cónyuges de manera compartida de tal forma que uno no puede enajenarlas sin el consentimiento del otro. 4.^o) Que para el caso de que la demandada haya transmitido alguna o algunas de las fincas contenidas en el hecho Décimo de la demanda sea condenada a pagar al actor la suma de 3.500.000 pesetas por cada finca. 5.^o) Se condene a la demandada al pago de las costas de este juicio”.
- La demandada doña Therèse se personó en el pleito y contestó a la demanda, a la que se opuso por medio de las razones que aportó, terminando por suplicar: “Dicte sentencia por la que absuelva a mi mandante de cuantos pedimentos se interesan por el actor, condenando al demandante al pago de las costas producidas por su temeridad y mala fe”.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Fuengirola dictó sentencia el 19 de diciembre de 1995 desestimando la demanda.

- En grado de apelación, la Sec. 6.^a de la AP de Málaga dictó sentencia el 14 de mayo de 1997 desestimando el recurso de apelación.
- D. Leontius interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Denuncia el recurrente la infracción de los artículos 1274 y 1275, en relación al 1253, 618 y 633, para reproducir las peticiones de la instancia respecto a que sea reconocido al recurrente la titularidad real de las fincas del pleito, por ser quien abonó el precio de su compra, siendo la titularidad de la esposa —demandada— meramente formal.

Ejercita el demandante acción declarativa de propiedad y para que la misma pueda prosperar es preciso no sólo se dé la identidad de las fincas, lo que no se discute, sino que ha de demostrarse debidamente que se ostenta título de dominio suficiente (Sentencias de 14-7-1994, 9-12-1994, 20-2-1995 y 15-2-1996), y esto no ha tenido lugar, pues ha de partirse de que los litigantes, de nacionalidad belga, contrajeron matrimonio el 23 de noviembre de 1983, bajo el régimen de separación de bienes según escritura notarial de capitulaciones matrimoniales otorgada el 21 de noviembre del referido año, y las fincas discutidas figuran registralmente inscritas a favor de la esposa en razón al auto judicial de 22 de julio de 1989, dictado en expediente de dominio y en el que se hace constar que su adquisición tuvo lugar a principios del año 1976, —antes de haber contraído matrimonio—, por el precio de diez millones de pesetas, “pagados al contado”, sin que el principio registral de legalidad hubiera sido desapoderado en este caso por prueba eficaz de contrario.

Como bien dice la sentencia los documentos 57 y 58 de las actuaciones no acreditan por sí que el pago del precio de los inmuebles lo hubiera efectuado el recurrente con sus medios propios, pues para nada lo refieren los mismos, ya que corresponden a

“diferentes operaciones de venta”, que resultaron inconcretadas. Lo mismo sucede con el resto de la prueba preconstituida y carente de adveración judicial. No procede en casación llevar a cabo apreciación propia de los medios probatorios cuando no se hizo denuncia de error de derecho en su apreciación judicial.

Tampoco se puede sostener que medió donación del recurrente a su esposa al faltar el requisito formal imperativo de su constancia en escritura pública, conforme al artículo 633 del Código Civil.

La presunción legal de la existencia de causa y tratarse de causa lícita en las compraventas realizadas por la esposa, a que se refiere el artículo 1277 del Código Civil, al revestir presunción no absoluta, admite prueba en contrario (Sentencias de 24-3-1995, 20-3-1996 y 13-3-1997), la que, por lo que queda expuesto, el recurrente no llevó a cabo satisfactoriamente, siendo carga probatoria de su cuenta.

El razonamiento nuclear sostenido por el recurrente para que se estime el motivo y con ello el recurso, se refiere a lo que dice la sentencia de apelación en cuanto expresa que “apareciendo no obstante los bienes objeto del litigio a nombre de la esposa, lo que, a priori, parece indicar que éstos fueron el fruto de su colaboración con el que luego fuera su marido, antes incluso de contraer matrimonio”. No se trata de efectiva conclusión decisoria con trascendencia al fallo y relevante para atribuir la titularidad de las fincas del pleito que recurre, pues más bien que decisión se presenta como opinión, ya que no se establece como debidamente probada que la colaboración que se dice lo fue-

ra precisamente económica, es decir que se hubiera constatado que al pago del precio hubiera contribuido el que recurre.

La Sala de Apelación no utilizó por ello la prueba de presunciones para declarar que no asiste al recurrente título de dominio de los bienes que reclama. Es terminante la declaración de la inexistencia del referido título

lo que no puede ser combatido aportando proceso presuntivo a conveniencia del que recurre (Sentencia de 9 de diciembre de 1994). Cuando la referida prueba no ha sido efectivamente utilizada en la instancia no cabe en casación que se emplee dicho medio probatorio (Sentencias de 11 de noviembre y 9 de diciembre de 1988 y 29 de octubre de 2001).

6. *No tienen carácter ganancial las acciones obtenidas en virtud del derecho de suscripción preferente por el padre del esposo, sin que se haya acreditado fraude alguno en dicha suscripción acordada por el esposo como administrador único de la sociedad, todo ello sin perjuicio de las acciones que pudieran corresponder a los cónyuges frente a la herencia yacente del padre del esposo a efectos de un hipotético derecho de reembolso por cuanto, los beneficios de la sociedad no repartidos, sirvieron para compensar el precio de las nuevas acciones no suscritas.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 24 de marzo de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a María del Carmen interpuso demanda de menor cuantía contra D. José, en la cual solicitaba, previa alegación de los hechos y fundamentos de Derecho, que se dictara sentencia por la que declare la ganancialidad de los bienes reseñados en el hecho tercero de la demanda y la obligación del demandado de practicar y formalizar el inventario y valoración de los bienes integrantes de la sociedad de gananciales, con intervención de su esposa, y a practicar y formalizar la liquidación de dicha sociedad, dividiendo el importe que resulte por mitades entre ambas partes, condenando al demandado a estar y pasar por dichas declaraciones, con entrega a la actora de los bienes que correspondan para pago de su haber, según se determine, en lo procedente, en ejecución de sentencia y, para la efectividad de todo ello, a otorgar cuantos documentos fueren necesarios; todo ello sin perjuicio del

derecho de uso existente a favor de las hijas del matrimonio en cuanto al uso y disfrute de la vivienda conyugal y enseres en ella contenidos, cuya ejecución quedará en suspenso hasta tanto el Juzgado de Familia correspondiente determine la finalización de dicho uso, una vez que tales hijas adquieran independencia económica por cualquier motivo, y sin detrimento, asimismo, de las trabas o embargos que se realicen o existan, en relación con los créditos dimanantes del impago de los alimentos fijados por el Juzgado a favor de las hijas, todo ello con expresa imposición de costas, a la parte demandada.

- Los bienes reseñados en el hecho tercero de la demanda y que a juicio de la parte actora constituyen la sociedad de gananciales son los siguientes: Vivienda sita en la calle Provencio (hoy llamada Domingo Rus); Ajuar, muebles y enseres existentes en la vivienda anterior; Las acciones núms. 11 a 20.410, ambas inclusive, de la entidad Laboratorios de E.; La cuenta corriente A de la Caja de Ahorros de Madrid, Agencia 1.091 de la calle Mota del Cuervo, núm. 6 Madrid; La cuenta corriente B del Banco Santander, Agencia 108 de Madrid; Vehículo marca SEAT 131 Supermirafiori, matrícula A.
- Admitida a trámite la demanda la representación procesal del demandado contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de Derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia por la que se acuerde: 1.º) La formalización del oportuno inventario de bienes con avalúo de los mismos. 2.º) Liquidación de los bienes gananciales por mitad entre las partes, con indicación de los que correspondan a cada una de ellas en pago de su haber. 3.º) Imposición de costas a la parte demandante por haber traído a este procedimiento al demandado que se halla al momento presente, en situación legal de desempleo y sin percibir prestación de clase alguna.
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 25 de Madrid dictó sentencia el 15 de marzo de 1996 estimando parcialmente la demanda y declarando que el inventario a realizar de la sociedad habrán de comprenderse los bienes que se relacionan en el antecedente primero de esta resolución, con excepción de las acciones núm. 11 a 20.410, ambas inclusive, de Laboratorios de E., y la cuenta corriente A, en la Caja de Ahorros de Madrid, Agencia 1091, que no figura a nombre del demandado, sin perjuicio en cuanto a las mismas de los derechos y acciones que puedan corresponder a las partes en este juicio contra sus actuales titulares o propietarios; que ambas partes vienen obligadas y se les condena a practicar las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, es decir, el inventario de la misma, avalúo de los comprendidos en él, liquidación del caudal, su división y adjudicación, conforme a las prescripciones legales, en fase de ejecución de sentencia y sin

perjuicio de los pronunciamientos de la sentencia de separación matrimonial del que este juicio trae causa; todo ello sin imposición de costas.

- En grado de apelación la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 5 de mayo de 1997 desestimando el recurso interpuesto por D.^a Carmen, con base a que tanto las acciones eran propiedad del padre —fallecido— del esposo codemandado, así como las citadas cuentas, sin que se hubiesen demandado a los interesados en su herencia yacente y, que en el proceso de ampliación y desembolso de aquellos hechos por el padre del codemandado, no existió cesión gratuita del derecho de suscripción preferente ni fraude alguno.
- D.^a Carmen interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el motivo primero del recurso, se denuncia al amparo del núm. 3.^o del art. 1692 LEC, quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia. Infracción del art. 359 de la LEC, por considerar la existencia de incongruencia, que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24 CE; aduciendo, además de omisiones de la sentencia del Juzgado que, si en la sentencia dictada por el Tribunal a quo declara que no son gananciales las acciones núms. 11.000 (entendemos que debe decir 11009) a 20.410, no puede luego en el fallo, confirmar la sentencia del juzgador de instancia, con imposición de costas, ya que, ésta dice que no son gananciales las acciones 11 a 20.410, es decir, niega ese carácter incluso a las que la contraparte reconoce como tal, y cuya titularidad, como bien se establece en dicho FJ 3.^o, no se discute por ninguna de las partes.

La denunciada incongruencia, no se acoge, porque de la misma literalidad de su parte dispositiva se desprende —aparte de que la denuncia sobre la primera sentencia es irrelevante en casación— ambas sentencias vienen a decir lo mismo, esto es, que citadas acciones no eran gananciales y, por lo tanto,

ha de excluirse del citado inventario, por pertenecer al padre del esposo, y por su fallecimiento a su herencia yacente, y ello, sin perjuicio de la reserva que la Sala a quo hace en su FJ 3.^o al decir: «al margen de la titularidad del resto de las acciones que no se discute», que, por eso mismo, permanece tanto en su letra como en su eficacia o titularidad atributiva. La mención final del motivo a que «los mismos argumentos expresados valen para la cuenta corriente A de la Caja de Madrid», carece de materia de exposición, conocimiento o alegaciones ad hoc para su compulsión casacional.

En el motivo segundo se denuncia al amparo del núm. 4.^o del art. 1692 LEC, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Error de Derecho en la valoración de la prueba documental que infringe lo dispuesto en el art. 1218 del CC y 1225 del mismo Texto sustantivo, y aplicación indebida de los arts. 1249 y 1253 CC.

El error de derecho lo apoya en que no se ha valorado el documento núm. 5, al f. 177, ni el f. 209, ni los demás que se citan acreditativos del supuesto desembolso de 9 millones para la segunda ampliación del capital

social y, suscripción de citadas acciones (en virtud de la cesión gratuita del derecho de suscripción preferente del codemandado a favor de su padre), y que demuestran el fraude existente en esa suscripción de la segunda ampliación acordada por el demandado como administrador único de la Sociedad en perjuicio de su esposa para que su padre figure como titular exclusivo de repetidas acciones.

Y aunque no se menciona, la problemática en torno a ese derecho controvertido sobre las nuevas acciones surge de la sanción del art. 1352 CC, de la que cabe afirmar: «Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo, lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir. Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se remitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho».

El precepto de nuevo cuño acoge el principio de la subrogación real: Las acciones o títulos suscritos —efecto o bien subrogado— como consecuencia de la titularidad de otros privativos —bien subrogante—; aunque, en realidad, en el supuesto de hecho no existe sustitución de unos bienes, los antiguos, por otros, los nuevos, sino que éstos se incorporan al patrimonio del cónyuge respectivo en razón al derecho social que le corresponde por ser ya titular de otras acciones, se podría decir, como en el derecho de retracto, que la causa privativa es la titularidad del cónyuge, socio de la sociedad, en cuya virtud ejerce su derecho social a suscribir nuevos títulos, y por ello, su efecto o resultado de la suscripción también será privativo —principio de equivalencia—. El artículo introduce dentro del CC una institución propia del Derecho mercantil de sociedades, que por su frecuente acaecimiento en la actual vida de la familia y su indiscutible peso en el campo de los intereses entre las distintas masas patrimoniales ha exigido es-

ta ordenación. El derecho de suscripción preferente, pues, está recogido en su amplio alcance: ya se trate de que el cónyuge titular —socio de la sociedad— suscriba nuevas acciones, ya se trate de otros títulos o participaciones.

En todo caso, la atribución privativa de las nuevas acciones o el precio de enajenación del derecho de suscripción preferente en la esfera patrimonial del titular o cónyuge, obedece o es «como consecuencia de su titularidad sobre otras acciones o títulos también privativos», bien porque ya las aportó al matrimonio como propias, bien porque las adquirió después a título lucrativo o bajo el amplio campo de la subrogación real, o sea, siempre que en su adquisición de las originarias no existiera ninguna de las variantes de comunidad con su consorte: a veces puede bastar, como indicativo de esa titularidad, la mención nominal del cónyuge propietario en el título o en los resguardos de depósito, otras, precisará, además, la exigencia de acreditar la fecha de adquisición, sobre todo si lo fue antes del funcionamiento de la ganancialidad, y otras, en fin, a través, por ejemplo, de la fórmula de la confesión del consorte del art. 1324 al margen de su inoponibilidad a terceros —herederos o acreedores—.

El párrafo final de artículo estructura una nueva manifestación del derecho de reembolso, garante del dogma de equilibrio entre las distintas masas de patrimonios, en el caso de que: 1.^º) se pagase la suscripción de las nuevas acciones con fondos comunes, en donde sin perjuicio de mantener el mismo carácter las nuevas acciones suscritas con la de la titularidad de las pretéritas, se prescribe que la comunidad en el costo se resarza del importe o precio de la suscripción; 2.^º) o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, que, inicialmente, puede contener alguna dificultad: es sabido que, en general, y por ello el artículo no lo incorpora a la esfera de privaticidad del cónyuge socio, los beneficios —dividendos o primas— a que tenga derecho el cónyuge como titular de las

acciones, habrán de seguir la regla general de la ganancialidad del art. 1347.2 (comunidad en las cargas y accesoriedad en la relación de los intereses a los bienes o acciones fructíferas), por lo que, cuando en el supuesto de hecho contemplado, esos beneficios no se han recibido y por ello la sociedad no los ha disfrutado y aplicado a subvenir a sus cargas, sino que —en una especie de autorización inversora— han servido para compensar el precio de las nuevas acciones así suscritas, parece lógico, con independencia de que tales acciones prosigan su decurso privativo, se genere un derecho de reembolso a favor de la sociedad. Y esa llamada «autorización inversora», como acto de administración recayente en bienes comunes, no puede, en rigor, escamotearse por una decisión unilateral del cónyuge socio, que, como suele acontecer, sin conocimiento del consorte aplica tales beneficios al pago compensatorio de las acciones suscritas; esa conducta puede atacarla en vía de ineficacia el cónyuge no socio, puesto que semejante gestión inversora precisaría la participación conjunta —art. 1375—; mas, en la praxis un serio obstáculo proviene del art. 1384 al permitir la libre administración y disposición del cónyuge «a cuyo nombre figuran o en cuyo poder se encuentren los títulos valores» que —aparte de su defectuosa redacción y riesgos— para el consorte no actuante en esta materia, parece como si disipara el control reseñado e inutilizara la denominada «autorización inversora», máxime si, en la técnica bursátil o societaria, la aplicación de los beneficios al pago de la suscripción opera con algún automatismo: la solución de coherencia estará en viabilizar esa práctica de decisión unilateral sin perjuicio de la eventual impugnación del consorte no actuante, con lo que se agiliza el tráfico mercantil y no se anteponen las cortapisas de la exigencia formal de esa autorización o aquiescencia previas por parte del otro cónyuge: ese remedio no hace sino reproducir en algún sentido aplicatorio el art. 1322 del nuevo Código.

Aplicando esa doctrina al supuesto litigioso, se subraya que el motivo aspira a que se declare que el derecho de suscripción preferente, no fue privativo en su origen, por lo que, de consiguiente, el tránsito de la subrogación conduciría a su carácter ganancial.

Los alegatos del motivo son bien inconsistentes, ya que de esa resultancia documental y de su valoración correspondiente, no puede apreciarse el fraude en la operación compleja que se cita —desembolso supuesto del padre del demandado por cesión gratuita de éste de su derecho de suscripción preferente para perjudicar los intereses de la demandante— porque, frente a ello, prevalece la recta decisión integrada por la Sala «a quo», en su FJ 3.º, ya transcrito, lo que conlleva también al fracaso del motivo.

En el motivo tercero se denuncia al amparo del núm. 4.º del art. 1692 LEC, la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Vulneración por inaplicación del art. 1390 y 1391 del CC, en relación con el art. 1397.2 del mismo Texto Sustantivo, e infracción de la jurisprudencia relativa a la conocida doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica, contenida en las SS 25 de enero de 1988, 28 de mayo de 1984 y 24 de septiembre de 1987; y se alega que, si como consecuencia de un acto de administración o de disposición, llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del actor.

La infracción que se cita del art. 1390 del CC, en cuanto al reintegro del perjuicio ocasionado a la sociedad ganancial, por el beneficio derivado a favor del otro en su acto de gestión o disposición, no acontece en autos, máxime cuando se apoya en que aquella operación mercantil fue fraudulenta y reali-

zada en perjuicio de la actora que, como se ha dicho, no se comparte por la recurrida según lo transcrito y, además, como la denuncia afecta a los vicios de una relación comercial o contractual prevalece, según el dictado general de la sentencia, entre otras, de 11 marzo 2003: «La existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, así como la existencia de vicios del consentimiento —art. 1265—, y el cumplimiento o no del mismo, es cuestión de mero hecho y como tal su constatación es facultad privativa de los tribunales de instancia, cuya apreciación obtenida a través de la valoración de la prueba practicada ha de ser mantenida en

casación en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, denunciando la existencia de error de Derecho con invocación de la norma valorativa de la prueba que pueda considerarse infringida...». SS 27 de noviembre de 1991, 6 de septiembre de 1995, 18 de julio de 1996, 5 de abril de 1999, 29 de febrero y 12 de abril de 2000, 17 de enero y 8 de marzo de 2001, 14 de febrero y 15 de octubre de 2002, 5 y 18 de febrero y 3 de marzo de 2003; y sin que, la denuncia del «levantamiento del velo» sea relevante, pues, su apoyatura es inconsistente por inexistir el artificio o maquinación que se denuncia en los términos que ha constatado la Sala a quo.

III. CONVENIO REGULADOR

1. *El hecho de incluir los cónyuges en el convenio regulador una cláusula en la que indicaban que el convenio no ha supuesto desequilibrio económico alguno para ninguna de las partes, implica la renuncia al ejercicio posterior de una acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte en la liquidación de gananciales contenida en aquel convenio.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 6 de marzo de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Ramón interpuso contra D.^a Dolores demanda de menor cuantía ejercitando la acción de rescisión de la liquidación y adjudicación de los bienes de la sociedad legal de gananciales, solicitando que se dictase sentencia por

la que estimando la demanda se acuerde la rescisión de la partición de la Sociedad Legal de Gananciales de los ex-esposos D. Ramón y D.^a Dolores, por existir lesión en más de la cuarta parte contra el hoy actor, haciendo imposición de costas a la parte demandada.

- Admitida a trámite la demanda, la demandada contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado, se dicte en su día sentencia por la que, estimando las excepciones formuladas, desestime la demanda o, entrando a conocer del fondo del asunto, desestime igualmente la demanda formulada por el actor, absolviendo a la demandada, D.^a Dolores de los pedimentos formulados por aquél, imponiendo en ambos casos al demandante, D. Ramón, las costas causadas.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 12 de Granada dictó sentencia el 18 de abril de 1996 desestimando la demanda.
- En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de Granada, dictó sentencia el 22 de abril de 1997 estimando la demanda y decretando la rescisión por lesión, en más de la cuarta parte, de las operaciones particionales de los bienes que integraban el régimen económico-matrimonial (sociedad de gananciales) de los ex-esposos litigantes y a la que este pleito se contrae; sin formular una expresa condena con respecto a las costas producidas en ambas instancias.
- D.^a Dolores interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia dictada por el Juzgado, es decir, desestimatoria de la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Las partes intervinientes en el pleito otorgaron convenio regulador de separación matrimonial, en el que figuran, a los efectos que se han de tener en cuenta en este recurso, las siguientes estipulaciones:

“Cuarta: La esposa, junto a los menores hijos de ambos fija su residencia en Granada en la Avda. P. número..., piso ..., que ha venido siendo el domicilio conyugal. El esposo abandonará el mismo fijando su residencia donde lo crea más conveniente, poniendo en conocimiento de la esposa cualquier cambio que efectúe, al menos hasta la mayoría de edad de ambos hijos. Existiendo como únicos bienes integrantes de la sociedad legal de gananciales dos inmuebles, el

constituido por el domicilio conyugal, así como un apartamento en Sierra Nevada (Granada), el inscrito registral como finca número 29, al libro 6, tomo 82, folio 7 del Registro de la Propiedad número de Granada, Monachil; respecto a los mismos convienen: A). El piso de la Avenida P. pasará a ser de la exclusiva propiedad de la esposa. B). El apartamento de Sierra Nevada será igualmente de la esposa en exclusiva, reservándose el esposo el usufructo del mismo durante cinco anualidades consecutivas a contar desde el 1 de enero de 1992. C). El esposo ejercitará, y así quedará en su exclusiva propiedad, la opción de compra que tiene suscrita con “I., S.A.”, edificio Coliseo (Nueva Granada), y por el que ha pagado

1.040.000 pesetas con cargo a la economía familiar, haciendo suyo el precio pagado hasta la presente con tal fin. D). El mobiliario de ambos inmuebles quedará de la exclusiva propiedad de la esposa, a excepción de los efectos personales del esposo que podrá retirarlos. E). El vehículo marca BMW, modelo 316, matrícula GR-...-P, actualmente matriculado a nombre del Sr. M., quedará de la exclusiva propiedad de la Sra. O.; la moto Suzuki 250, que asimismo figura matriculada a nombre del Sr. M., quedará de la exclusiva propiedad del mismo. F). Cualquier otro bien que pudiera aparecer como ganancial, será privativo de aquél que ostente la titularidad, ya sean inmuebles, títulos valores, cuentas, depósitos bancarios o dineros o cualquier otro y así expresamente lo reconocen y aceptan ambos otorgantes. G). Ambos se comprometen al otorgamiento de los instrumentos públicos precisos a fin de cambiar la titularidad registral de los inmuebles hasta ajustarla a lo estipulado en el presente.”

“Séptima: Como quiera que el matrimonio no ha supuesto desequilibrio económico para ninguno de los cónyuges, éstos renuncian a reclamarse nada por este concepto, así como tampoco por el de alimentos entre ellos, ni a estipular nada al respecto, aparte lo antes expuesto”. Este convenio regulador, de fecha 5 de septiembre de 1991, fue aprobado por sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Granada de 14 de octubre de 1991, sin que los particulares que nos ocupan fueran modificados en la sentencia dictada por el mismo Juzgado en incidente de modificación de medidas de fecha 26 de abril de 1995. Y en sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Granada de fecha 13 de octubre de 1994 se acordó la disolución del matrimonio por la causa de divorcio invocada, sin que proceda modificación alguna de las medidas contempladas en la sentencia de separación.

La base del recurso de funda en la inaplicación del artículo 1258 del Código Civil, en relación con los artículos 1261 y siguientes

del mismo cuerpo legal. Los motivos configuran el ámbito del recurso, salvo el limitado espacio de operatividad de la apreciación de oficio y del juego del principio “iura novit curia”. En el presente motivo, como acertadamente expresa la oposición al recurso, se habla del artículo 1258 del Código Civil, sin concretar los párrafos e incisos de los preceptos que se estiman conculcados, viniendo por contra a acumular en él mismo principios heterogéneos y plantear cuestiones diversas. Constituye una anomalía alegar como infringidos los preceptos concordantes o “y siguientes”, sin decir cuáles son en criterio del recurrente, contraviendo así lo que exige el artículo 1707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Si bien estas necesarias observaciones llevarían a la desestimación por necesaria inadmisión del motivo del recurso, conviene tener en cuenta que en el cuerpo del mismo se hace referencia a una cuestión fundamental de la litis, y la necesidad de dar el más completo cumplimiento a la tutela judicial efectiva y al estar, el motivo como los demás esgrimidos, en la referencia de máxima relevancia sobre si es posible o no considerar que el convenio y su aprobación implican la renuncia a cualquier reclamación ulterior, y, por tanto, la improcedencia de la acción ejercitada en estos autos.

En este concreto aspecto y al margen de las objeciones primeramente expuestas, es de apreciar que la sentencia recurrida se fundamenta en una errónea interpretación de la voluntad de las partes, que, implica inaplicación de un precepto como el artículo 1258 del Código Civil, que sea cual sea su carácter, ha de tenerse forzosamente en cuenta.

Para la estimación del motivo, en el sentido de la improcedencia de la acción ejercitada, procede hacer la lectura adecuada a la doctrina sentada en la sentencia que se invoca y discute. En la sentencia de 8 de febrero de 1994 en la que (dejando fuera el caso concreto que resuelve) se declara que es doctrina hartamente conocida de esta Sala la de que la interpretación de las declaraciones de

voluntad es tarea privativa de la instancia, que en casación ha de ser respetada cuando no sea contraria a la lógica, desmesurada, arbitraria o vulneradora de preceptos legales. Pero, también manifiesta que las renunciaciones han de ser claras, terminantes o deducidas de hechos o actuaciones de interpretación unívoca, no dudosa o incierta. La lectura de las estipulaciones del convenio regulador y la consideración de estar inscritas en el más amplio pacto sobre separación y divorcio, con consecuencias diferentes a la liquidación de la sociedad de gananciales, como es el de guarda y visita de los hijos, obliga a concluir que en la cláusula séptima se ha renunciado a la rescisión por lesión al declararse que el convenio no ha supuesto desequilibrio económico alguno para ninguna de las partes. En este caso no puede admitirse, por tanto, la inexistencia de renun-

cia a la acción de rescisión por lesión que ha tenido en cuenta para la estimación de la demanda la sentencia recurrida, pues la renuncia es clara y de interpretación unívoca; y, además, se deduce de hechos, actos o conductas relacionadas con la misma, como lo son todas las estipulaciones que se contienen en el convenio y que se han sometido a aprobación jurisdiccional y contra los propios actos ahora se pretende modificar lo pactado, que llevaría de tener lugar a modificar también las resoluciones judiciales aprobatorias en proceso distinto al incidental de modificación por alteración de las circunstancias en las que el convenio se produjo.

Al prosperar este motivo, la Sala asume la instancia y deja de ser necesario el examen de los demás motivos sometidos a consideración de la misma.

IV. CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

1. *Desestimación de la demanda de tercería de dominio interpuesta por el padre contra el embargo de la vivienda que figura en el Registro de la Propiedad a nombre de su hija, ya que se aprecia la falsedad en la causa del contrato de compraventa celebrado entre ambos.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 28 de enero de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Romero Lorenzo.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. José Ramón interpuso demanda de tercería de dominio contra la entidad ejecutante “Banco E., S.A.” y contra los ejecutados D. Antonio y D.^a Josefi-

na (hija de D. José Ramón) en relación al inmueble sito en Sada., en el que solicitaba que se dictase sentencia declarando que el citado bien le pertenece, ordenando levantar el embargo trabado sobre el mismo declarando la nulidad, cancelación o rectificación en el Registro de la Propiedad de Betanzos en cuanto contradiga la declaración anterior, con todo lo demás pertinente e imponiendo las costas a los demandados.

- Admitida la demanda y emplazados los demandados, se personó en autos el “Banco E., S.A.”, quien contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, para terminar suplicando en su día se dicte sentencia “en la que se desestimen íntegramente todos los pedimentos de la demanda, absolviéndose de todo ello a mi mandante”.
- No habiéndose personado en autos los demandados D. Antonio y D.^a Josefina, se les declaró en rebeldía procesal por Providencia de fecha 29 de noviembre de 1995.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 1 de Betanzos dictó sentencia el 24 de abril de 1996 estimando la demanda y acordando el levantamiento del embargo trabado sobre el inmueble declarando la nulidad, cancelación o rectificación en el Registro de la Propiedad de Betanzos, en cuanto contradiga la declaración anterior, imponiendo las costas causadas en esta instancia a la entidad demandada “Banco E., S.A.”.
- En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de A Coruña, dictó sentencia el 25 de febrero de 1997 estimando el recurso interpuesto y desestimando la demanda de tercería de dominio.
- D. José Ramón interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primero de los motivos se denuncia la infracción de los artículos 1274, 1276 y 1277 del Código Civil, alegando que el último de estos preceptos establece que, aunque no se exprese en el contrato, ha de presumirse que la causa existe y que es lícita, mientras el deudor no pruebe lo contrario; lo que implica un desplazamiento de la carga de la prueba hacia el Banco demandado que la Audiencia Provincial no ha tenido en cuenta.

Sin embargo el recurrente, señala el Tribunal Supremo, echa en olvido que en la

sentencia impugnada, tras un pormenorizado examen de la totalidad de las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado, que resultaban de la prueba practicada en los autos se llega a la conclusión de que la causa que los otorgantes de la escritura pública de 28 de noviembre de 1985 invocaban para la cesión del edificio litigioso por parte de D.^a Josefina a favor de su padre era falsa e ilícita, pues a través de tal operación no se pretendía extinguir una deuda de 2.800.000 ptas. más intereses pendientes,

como se afirmaba, sino únicamente impedir que el inmueble en cuestión respondiera de las deudas contraídas por la cedente y su esposo con terceras personas.

Esta valoración probatoria, que el recurrente no demuestra que pueda ser calificada de absurda o ilógica, ha de ser respetada en casación, dado que la específica función de este recurso extraordinario impide que pueda ser convertido en una tercera instancia.

En consecuencia, no es que no se haya expresado la causa contractual y que, por ello deba presumirse que la misma existe y es lícita, como el precepto citado establece, sino que la Sala de instancia afirma que la causa que los contratantes atribuyeron al otorgamiento es falsa, sin que por el tercerista recurrente se haya alegado en el proceso ni tampoco se haya probado que el negocio celebrado tuviere otra verdadera y lícita.

De ahí que sea correcta la conclusión de que no existe el contrato que D. José Ramón y sus hijos han aparentado llevar a cabo, ni ningún otro, sino únicamente una absoluta ficción negocial que ha tenido por finalidad situar al edificio de litis fuera del alcance de las acciones que para lograr la efectividad de sus créditos pudieran ejercitar los acreedores de quien manifestaba ser cedente del inmueble.

En el segundo motivo, se denuncia la infracción de la doctrina procesal relativa a la simulación. Se argumenta que en la sentencia impugnada se afirma la ilicitud de la causa declarada pero que la Sala de instancia no se ha detenido a considerar que el contrato celebrado entre el recurrente y su hija pudiera estar amparado en otra causa verdadera y lícita, como podría ser una donación o bien la pretensión de las partes de obtener un ahorro fiscal, o, incluso, de garantizar al recurrente el cobro de la deuda que con él mantenían su hija y su yerno, lo que tendría como consecuencia la validez del título invocado por el tercerista, al hallarnos ante una simulación no absoluta, sino relativa.

En apoyo de esta tesis, se hace referencia por el recurrente a una serie de datos obran-

tes en los autos que afirma no han sido debidamente valorados por la Audiencia Provincial.

El motivo es rechazado por el Tribunal Supremo, por cuanto, como ya se ha dicho, no puede pretenderse en vía casacional que se realice una nueva apreciación de la prueba. Además, no es de recibo la afirmación del recurrente respecto a que el Órgano judicial deba proceder a indagar cuál pueda ser la verdadera causa de un contrato, que dice ha sido encubierta por los contratantes bajo la expresión de otra falsa sin que el tercerista hubiera llegado a alegar y concretar en el momento procesal adecuado cuál sea esa supuesta causa lícita, ni —como afirma la Audiencia en el Fundamento de Derecho Tercero de su resolución— el solicitar, al menos alternativa y subsidiariamente, que se declarase la validez del negocio supuestamente subyacente y disimulado.

La afirmación de la demanda de que la causa de la cesión realizada era la de extinguir una deuda precedente determina que haya de calificarse de incongruente una hipotética sentencia en la que, tras decidir la falsedad de dicha causa contractual se iniciase la búsqueda que pretende el recurrente para la localización de otras indeterminadas que pudieran haber silenciado las partes. Ni esto se había interesado en fase de alegaciones, ni resultaría atendible una solicitud deducida en dicha oportunidad en la misma forma difusa en que ahora tardíamente se expone en el motivo objeto de análisis.

En el tercer motivo se alega la infracción del artículo 359 de dicha norma. Afirma el recurrente, en un extenso alegato, que en la demanda había interesado la declaración de que el edificio embargado en el juicio ejecutivo le pertenecía a él y no a los ejecutados, por lo que muestra su desacuerdo con el hecho de que la Audiencia Provincial hubiese prescindido del estudio acerca de si el contrato transmisivo en que se basaba la tercera de dominio promovida pudiera tener una finalidad lícita. A continuación D. José Ramón trata de rebatir el alcance que la Sala de apelación ha atribuido a los elementos pro-

batorios obrantes en el proceso, afirmando finalmente que la sentencia es incongruente por haber omitido un pronunciamiento fundamental para resolver la cuestión debatida, al no entrar a valorar si existe un contrato disimulado válido y eficaz, por partir dicha resolución de la idea equivocada de que toda finalidad distinta de la declarada por las partes en un contrato ha de ser necesariamente calificada de ilícita.

El motivo ha de ser rechazado por reincidir en la inadmisibles pretensión de sustituir la valoración probatoria del Tribunal de instancia, por otra más acomodada al interés del recurrente y afirmar que dicho órgano judicial se hallaba obligado a efectuar pronunciamientos no solicitados.

En el cuarto motivo, se denuncia la infracción de los artículos 1261, 1271 y 1272 del Código Civil, afirmándose que el título del tercerista reúne todos los requisitos precisos para su validez y existencia por concurrir el consentimiento de los otorgantes, un objeto lícito, constituido por el edificio litigioso y una causa, asimismo lícita, representada por la intención del recurrente de garantizar la devolución de las constantes ayudas a su hija, realizadas tanto antes como después de la cesión. El motivo, en el que por fin parece concretarse —por primera vez— una de las causas no expresadas por los contratantes que en los anteriores motivos se enumeraban como posibles y que, como ya se dijo, en ningún momento del desarrollo de las dos instancias se había siquiere insinuado, ha de ser asimismo rechazado, por los argumentos ya tenidos en cuenta con anterioridad: La Audiencia Provincial ha declarado probado que la única causa del contrato explicitada por las partes era falsa e ilícita y, por otra parte, consideró —correctamente— que no se ajustaba a las exigencias de la obligación de congruencia que pesa sobre los órganos judiciales en el momento de dictar sentencia la posibilidad de declarar una simulación relativa que no había sido interesada en la demanda de tercería.

En el último de los motivos, con la misma cobertura procesal, se alega la infracción del artículo 1253 del Código Civil, entendiéndose censurable que la Audiencia Provincial por medio de seis presunciones deduzca la existencia de causa ilícita en la cesión realizada, descartando la existencia de otra causa válida o de una simulación relativa en el precio del contrato. El recurrente pone especial énfasis en la solvencia patrimonial de los ejecutados, los cónyuges D. Antonio-D.^a Josefina, en años anteriores y posteriores a la cesión lo que afirma no puede conjugarse con un afán defraudatorio. Sin embargo, como ya se ha dicho, el Tribunal de instancia no se ha atenido solamente a un dato probatorio aislado, sino a varios de ellos que conjuntamente ha valorado para llegar a la conclusión que se impugna por D. José Ramón. Y ha centrado el problema no en si la adquisición ulterior de bienes exterioriza una solvencia sobrada, sino en si la cesión realizada en noviembre de 1985 había tenido una causa verdadera y lícita. A tal efecto, señala diversos elementos de juicio, como son el vínculo parental existente entre los otorgantes; el precio manifestado, notablemente inferior al real del inmueble; la ocultación del otorgamiento (la escritura no es autorizada por uno de los Notarios de Betanzos, sino por otro de La Coruña, y el documento no trasciende al Registro de la Propiedad); el reconocimiento de los cónyuges D. Antonio y D.^a Josefina en confesión respecto a que en 1984, año anterior al de la cesión, ante la marcha del negocio de la familia del esposo, se habían suscrito pólizas de crédito por más de 14.000.000 de pesetas de las que D.^a Josefina era avalista; la continuada ocupación de la casa de litigio por D. Antonio y D.^a Josefina, antes y después de la cesión, y la realización en ellas de importantes obras a cargo de los mismos. De dichos datos deduce la Audiencia Provincial, con total acierto, que el motivo del otorgamiento no respondía en modo alguno a lo manifestado por los contratantes, sino, precisamente, a impedir o dificultar la legítima acción

de sus acreedores; dejando a salvo de la misma un bien inmueble que consideraban especialmente valioso. Por ello, la posible sol-

vencia posterior de los interesados carece de relevancia y el motivo, en consecuencia, ha de ser desestimado.

V. UNIONES DE HECHO

1. *Concesión de una indemnización a la conviviente equivalente a un tercio de los bienes que se adquirieron durante la convivencia, en compensación a la atención de la misma a la casa e hijos, sin que pueda considerarse la existencia de una comunidad de bienes ni sociedad civil.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 17 de enero de 2003

Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

- Entre los años 1973 y 1992 aunque con diversas interrupciones e intermitencias no perfectamente constatadas en atención a la peculiaridad de la relación personal de que se trata, D.^a Ángela y D. José Luis convivieron more uxorio o a la manera matrimonial, habiendo tenido dos hijos reconocidos fruto de dicha relación extramatrimonial.
- En el año 1992 suscribieron un acuerdo en el que, además de poner fin a la referida convivencia de hecho, se fijó, a cargo del apelado el pago de una pensión mensual de 40.000 pts. para el sostenimiento y atenciones del hijo común menor de edad así como que el referido recurrido se obligaba a facilitar a la apelante vivienda donde fijar ésta su domicilio durante el término de 8 años, suponiendo ello que la misma residirá en su actual domicilio propiedad del recurrido o en cualquier otro que éste la facilite, siendo de cuenta de ella los gastos de los servicios de la vivienda facilitada.
- D.^a Ángela, interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra D. José María y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara

sentencia por la que: 1.º Se declare que entre las partes en litigio existió una convivencia paramatrimonial que generó la creación de una comunidad de bienes de la dispuesta en los artículos 392 y siguientes del Código civil, abarcando dicha comunidad a los bienes que se describen en el apartado noveno de la exposición de hechos. Y declarada la existencia de dicha comunidad de bienes, habiendo cesado en la convivencia que la originó, se proceda a la disolución y liquidación de la misma, asignando a cada parte la mitad del valor de los bienes reseñados, liquidación que puede llevarse a cabo en ejecución de sentencia. 2.º Subsidiariamente a lo anterior, que por el Juzgado se declare entre las partes se creó un régimen de participación, regulado en los artículos 1411 a 1434 del Código civil, por el que ambas partes tienen el derecho recíproco de participar en las ganancias obtenidas por el otro compañero durante el tiempo en que estuvo vigente la convivencia, y por lo tanto que los bienes reseñados en el apartado noveno de la exposición de hechos es el fruto de las mencionadas ganancias recíprocas. 3.º) Subsidiariamente con las dos declaraciones anteriores, se declare que entre las partes existió una sociedad civil universal de ganancias, al amparo de los artículos 1666 y siguientes del Código civil, en especial el artículo 1675, siendo los bienes existentes en el momento de la ruptura de la unión los que se recogen en el ya mencionado apartado noveno de los hechos. 4.º) Por último, y también subsidiariamente con lo anteriormente expuesto, se declare la existencia de una sociedad de gananciales, regulado en los artículos 1344 y siguientes del Código civil, integrando dichos gananciales los bienes referenciados. 5.º) Y en todo caso, declarada la existencia, de manera alternativa, de una comunidad de bienes, de participación, sociedad civil universal de ganancias o de gananciales, habiendo cesado en la convivencia que la originó, se proceda a la disolución y liquidación de la misma, asignando a cada parte la mitad del valor de los bienes reseñados, liquidación que puede llevarse a cabo en ejecución de sentencia. 6.º) También se solicita se condene en costas al demandado, si se opusiera a lo pedido en esta demanda.

- D. José María contestó a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia desestimando la demanda en todos sus extremos, por falta de base fáctica y jurídica, con expresa condena en costas por su clara y manifiesta temeridad y mala fe.
- El Juzgado de 1.ª Instancia n.º 50 de Madrid dictó sentencia el 3 de julio de 1996 desestimando en su totalidad la demanda y absolviendo al demandado de los pedimentos que contra él se contenían en el suplico de la misma.

- En grado de apelación, la Sec. 11.^a de la AP de Madrid dictó sentencia el 27 de enero de 1998 desestimando el recurso y confirmando la sentencia de instancia.
- D.^a Ángela interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo condenando a D. José Luis a abonar a la actora a un tercio del valor de los bienes relacionados en el último fundamento de esta sentencia, computados al tiempo en que se ejecute efectivamente, lo que se hará en el trámite de ejecución de la misma.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Esencialmente, la desestimación de la demanda se fundamentó en que la demandante “no acreditó...haber participado con dinero o aportación económica propia en la adquisición del referido patrimonio que figura, todo él, a nombre y adquirido por apelado (el varón; parte recurrida, ahora, en casación) no constando tampoco que haya trabajado por su cuenta...” (la mujer, demandante y recurrente en casación). Aunque, a la vista de este texto literal de la sentencia objeto de la presente casación, es de destacar que precisamente por ello, por carecer de aportación económica y no trabajar, ha interpuesto la demanda rectora del proceso.

El recurso de casación interpuesto por D.^a Ángela, se funda en el n.º 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y contiene tres motivos. El primero alega la infracción de normas del Código civil, artículo 3.1 sobre interpretación de las leyes conforme a la realidad social y artículo 4.1 sobre analogía; de la Constitución Española, artículos 32.1 sobre el ius connubi y 39.1 sobre protección de la familia; y de la jurisprudencia, según una serie de sentencias que cita. El segundo de los motivos reitera los argumentos vertidos en el anterior y hace una incorrecta, por mal alegada y mal planteada, denuncia de incongruencia. El tercero, que alega infracción de los artículos 1254 y siguientes del Código civil se refiere a la existencia de un contrato entre las partes, lo que no tiene sentido, ya que no hubo

ni se adujo siquiera en la demanda, relación contractual alguna.

Con lo cual, la cuestión clave queda planteada: tras una larga convivencia, no puede quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto a la otra, en el sentido de que todos los bienes hayan sido formalmente adquiridos por uno solo, como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de casa; en otro aspecto, se trata, no tanto de imponer una normativa a una situación de hecho, sino de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de una relación.

Sobre la convivencia more uxorio, la doctrina ha elaborado numerosos estudios en la época actual, por la realidad social de su proliferación y por la consideración que jurídicamente merecen, lejos de una abstención típica de tiempos pasados y que tuvo reflejo en los Códigos civiles de los anteriores siglos, incluyendo el español.

La legislación ha permanecido ajena a este tema, por lo menos explícitamente, aunque es bien cierto que anteriormente sí se había regulado la unión familiar de hecho en el Fuero juzgo, Fueros municipales y Las Partidas. Pero si ha carecido de expresa consideración jurídica, ello no significa que sea contraria a la ley: es alegal, no ilegal; no está prevista, pero tampoco prohibida; es ajurídica, no antijurídica; sus indudables efectos, inter partes en la convivencia y por

la disolución y respecto a la filiación, no son ignorados por el jurista en general, ni por el juez en particular. La Constitución española no contempla directamente la unión de hecho, pero sus normas le pueden afectar directa o indirectamente: así, el artículo 9.2 impide su discriminación en aras a los principios de libertad e igualdad, el artículo 10.1 le hace aplicable el principio de dignidad de la persona y el artículo 14 al proclamar el principio de igualdad evita un trato discriminatorio; más específicamente, el artículo 39.1 proclama la protección de la familia y ésta no sólo es la fundada en el matrimonio, sino también la que se basa en la convivencia *more uxorio*.

En el ámbito legislativo, sí han sido reguladas las uniones de hecho en una serie de leyes de aplicación territorial a ciertas Comunidades Autónomas y temporal a partir de su entrada en vigor, por lo que no es aplicable al presente caso la dictada en la Comunidad de Madrid, Ley 11/2001, de 19 de diciembre.

Ante la realidad de la doctrina y la ausencia de la legislación, ha sido la jurisprudencia la que se ha ocupado con detenimiento de este tema, resolviendo los casos concretos que han llegado a la jurisdicción, prácticamente siempre en relación con la disolución o ruptura de la convivencia por razón de muerte o de voluntad unilateral. Se ha referido a la misma como familia natural (sentencia de 29 de octubre de 1997), situación de hecho con trascendencia jurídica (sentencia de 10 de marzo de 1998), realidad *ajurídica*, con efectos jurídicos (sentencia de 27 de marzo de 2001), realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 5 de julio de 2001). Ha destacado que carece de normativa específica, pero no constituye un vacío legal (sentencias de 28 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997) lo que se resume así: La convivencia *more uxorio*, entendida como una relación a semejanza de la matrimonial, sin haber recibido sanción legal, no está re-

gulada legalmente, ni tampoco prohibida por el Derecho: es *ajurídica*, pero no *antijurídica*; carece de normativa legal, pero produce o puede producir una serie de efectos que tienen trascendencia jurídica y deben ser resueltos con arreglo al sistema de fuentes del Derecho. La idea no es tanto el pensar en un complejo orgánico normativo —hoy por hoy inexistente— sino en evitar que la relación de hecho pueda producir un perjuicio no tolerable en Derecho a una de las partes, es decir, la protección a la persona que quede perjudicada por una situación de hecho con trascendencia jurídica.

Lo que, respecto a la normativa, ha declarado reiteradamente esta Sala es que no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico-matrimonial (sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 20 de octubre de 1994, 24 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1997). Aplicando los principios generales del Derecho, ha declarado la atribución de vivienda familiar a la conviviente más débil (sentencia de 10 de marzo de 1998) y, recientemente, ha aplicado por analogía la norma de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil (sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002). En definitiva, no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicado por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil (sentencias de 10 de marzo de 1998, cuyo párrafo ha sido transcrito y 27 de marzo de 2001).

La cuestión que con más frecuencia se ha planteado a esta Sala, es decir, el supuesto más conflictivo, es la disolución o ruptura de la convivencia y la reclamación del perjudicado frente a la situación injusta en que queda. Este es el caso presente: está acreditada la convivencia *more uxorio*, es hecho admitido la ruptura por voluntad unilateral del varón (demandado y parte recurrida en casación), hay constancia de un acuerdo relativo a los alimentos al hijo menor de edad

y al uso temporal de una vivienda y, finalmente, se ha pactado el patrimonio (que ni siquiera es un gran patrimonio) adquirido constante la convivencia, que aparece como de titularidad exclusiva del varón y la carencia de bienes de la mujer (demandante en la instancia y recurrente en casación) que incluso ha obtenido el beneficio de justicia gratuita para el presente litigio.

Ante dicha cuestión, la jurisprudencia de esta Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno le ha aplicado la norma más adecuada para la solución más justa. Salvo en escasísimos supuestos en que no se ha estimado la demanda, por no ser aplicable la normativa (sentencia de 24 de noviembre de 1994) o por negar todo tipo de comunidad (sentencia de 22 de enero de 2001), la ruptura por decisión unilateral no ha sido admitida como causante de un perjuicio injusto para la parte más débil (en todos los casos, ésta era la mujer), sino que se le ha reparado acudiendo a distintas soluciones: estimando que se ha producido una responsabilidad extracontractual (sentencia de 16 de diciembre de 1996), o un enriquecimiento injusto (sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001), o concediendo una pensión compensatoria (sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002) o apreciando la existencia de una comunidad de bienes (sentencias de 18 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997).

En el caso presente, no se estima necesario acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales (artículo 393, segundo párrafo, Código civil), pues ello sería tanto como imponer a una convivencia *more uxorio* la normativa de una comunidad de gananciales o más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial (ni tampoco es ésta la solución que han dado las leyes de las Comunidades Autónomas que se han dictado sobre este tema) y presuponer una comunidad convencional (que no incidental) que nunca las partes quisieron establecer. Lo cual no significa —siempre en relación con el caso

presente— llegar al absurdo de entender que una de las partes —la mujer, en este caso y en todos los que han llegado a esta Sala— deba quedar desprotegida, sino que se evita el perjuicio injusto que sufriría, acudiendo a soluciones jurídicas que, si no están expresamente recogidas en el Derecho positivo, derivan de los principios generales.

Tras lo expuesto hasta ahora, es clara la estimación del recurso de casación, pues no puede admitirse la posición de la sentencia de instancia que le niega todo derecho (“atribución patrimonial común” dice como conclusión) a la mujer, cuya ruptura de convivencia le ha sido impuesta. Dentro del recurso, se acoge el motivo primero y se entiende que la sentencia recurrida ha infringido los artículos 3.1 y 4.1 del Código civil al no interpretar la normativa jurídica conforme a la realidad social, ni apreciar la analogía, en este caso analogía *iuris* que da lugar a la aplicación de los principios generales del Derecho; se ha infringido el artículo 39.1 de la Constitución Española al negarse protección a la familia, en este caso fundada en una unión de hecho y, en definitiva, se ha infringido la jurisprudencia de esta Sala, que, como se ha dicho y repetido, evita el perjuicio injusto que sufre una parte como consecuencia de una unión de hecho en la que se ha producido una ruptura.

Por lo cual, la Sala asume la instancia (artículo 1715.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y debe resolver conforme a lo expuesto y de acuerdo con la *actio pretendi*: la demanda ha expuesto unos hechos que en lo esencial han sido admitidos y en lo fundamental han sido recogidos como probados en la sentencia de instancia; en los fundamentos de derecho se alega, una y otra vez, la existencia y la normativa de varias de las instituciones jurídicas de comunidad aunque también se hace una referencia al enriquecimiento injusto (en estos términos: “pues bien, cualquiera que sea la postura doctrinal que se admita, lo cierto es que es innegable que ha existido una puesta en común de esfuerzo económico y de ganancias,

y que no puede pretenderse que se produzca un enriquecimiento injusto por parte de uno sólo de los miembros de la unión paramatrimonial, con aprovechamiento del trabajo y los esfuerzos del otro.”) y en el suplico se reclama la mitad del valor del patrimonio adquirido, constante la convivencia (que se relaciona, como hecho probado, en la sentencia de instancia).

Conviene recordar la línea jurisprudencial que recoge la sentencia de 10 de marzo de 1998 al decir: “Se trata de una situación que, como se ha apuntado, es de trascendencia jurídica, derivada de una situación de hecho no regulada por ley. Ni, desde luego, por costumbre. Con lo que es preciso acudir a los principios generales del derecho, última fuente formal del sistema de fuentes en el Ordenamiento jurídico, como dispone el artículo 1.1 del Código civil y matiza el apartado 4 del mismo artículo. En las propias sentencias antes citadas, se apunta la posibilidad de reclamación en caso de convivencia *more uxorio*; así, la de 20 de octubre de 1994 dice que las uniones de hecho pueden en ocasiones ser causa legítima de alguna reclamación y la de 16 de diciembre de 1996, tras afirmar la exclusión de las normas del matrimonio a las uniones de hecho, añade: no obstante, esta exclusión no significa, como ocurre con todo fenómeno social, que el Derecho permanezca al margen de los derechos y deberes que surjan bajo estas situaciones entre la pareja e incluso con terceros a la pareja. Y el principio general ha sido ya apuntado y no es otro que el de protección al conviviente perjudicado por la situación de hecho; principio que deriva de normas constitucionales (artículo 10, principio de dignidad de la persona, artículo 14, principio de igualdad, artículo 39, principio de protección a la familia), de normas de Derecho privado, como el Código civil (el propio artículo 96) y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos urbanos (cuyo artículo 16.1.b, entre otros, reconoce expresamente la protección al conviviente),

de las sentencias del Tribunal Constitucional (todas las citadas anteriormente) y de las mismas sentencias de esta Sala, en las que prácticamente todas ellas reconocen derechos al conviviente perjudicado.”

No se aprecia, como se ha dicho, la existencia de una comunidad, sino que se otorga a la demandante —la mujer, perjudicada— la indemnización correspondiente a la ruptura de la convivencia, evitando así el perjuicio injusto —sin causa— que ha sufrido. Lo cual se relaciona con la institución, que es expresión de un principio general del Derecho, del enriquecimiento injusto. Esta Sala ha entendido (en sentencias de 16 de diciembre de 1996 y 27 de marzo de 2001) que no es cambio de causa petendi que daría lugar a incongruencia, la variación del punto de vista jurídico cuando se parte de los mismos hechos y se respeta el suplico, aunque se acuda a la institución del enriquecimiento injusto. En este caso, procede otorgar como compensación el valor del tercio de los bienes relacionados como patrimonio adquirido vigente la convivencia: no es la mitad puesto que no se ha aceptado la existencia de una comunidad; los bienes los ha acreditado la sentencia de instancia, en estos términos: “figuran a nombre del demandado en virtud de escritura pública del 26 de julio de 1981 el piso de la c/ Camarena, de esta capital, finca hipotecaria n.º ... el Registro de la Propiedad n.º 9 de esta capital, así como una plaza de garaje adquirida por otra escritura del 26 de septiembre de 1985, siendo la finca hipotecaria n.º ... de dicho Registro de la Propiedad. También figuran a nombre del mismo dos automóviles marca Opel Omega y Seat 1430, así como un bungalow sito en la localidad de Guardamar del Segura, finca hipotecaria ... del Registro de la Propiedad n.º 2 de Torreveja comprada en escritura pública del 29 de mayo de 1989”. Cuyo valor será el del momento en que se proceda a la definitiva liquidación y adjudicación a la demandante, recurrente en casación.

2. *Existencia de una simulación relativa que encubría una donación en el contrato de compraventa otorgado por los vendedores a favor de una conviviente de hecho, aun cuando con anterioridad el inmueble se había adquirido por el conviviente en documento privado y abonado la totalidad del precio.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 13 de febrero de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

ANÁLISIS DEL CASO

- D. Luis F. L. de G., adquirió un inmueble de los consortes I. y B., en documento privado de fecha 16 de octubre de 1979, cuyo pago fue íntegramente satisfecho por el Sr. F. en fecha 24 de abril de 1980, deviniendo propietario del referido inmueble.
- En la mencionada finca D. Fernando convivió con D.^a Antonia, al menos desde el año 1981 hasta el año de 1993, sin contraer matrimonio con ella, ya que el actor era a la sazón casado y con hijos.
- En razón de la situación de confianza entre D. Fernando y D.^a Antonia, en fecha de 4 de mayo de 1983, los Sres. I. y B. —vendedores de la vivienda en documento privado tres años antes— otorgan escritura pública de compraventa a favor de D.^a Antonia. La finca se inscribe en el Registro de la Propiedad, en fecha de 8 de marzo de 1984. Simultáneamente al otorgamiento de la escritura pública reseñada, D. Fernando suscribe un documento privado mediante el cual renuncia a sus derechos y concede autorización al vendedor Sr. I. para que otorgue la pertinente escritura notarial a favor de D.^a Antonia.
- En fecha de 3 de mayo de 1993, y por acta notarial, D. Fernando declara que el piso donde habita, si bien oficialmente figura a nombre de D.^a Antonia, es de su exclusiva propiedad, ya que pagó al vendedor el íntegro precio.
- Poco después cesó la convivencia entre D. Fernando y D.^a Antonio, permaneciendo la misma en el uso de la vivienda.
- Finalmente, en julio de 1994, falleció D.^a Antonia sin otorgar testamento, siendo sus herederos D. Pedro, D.^a Juana y D.^a María. Durante el tiempo de convivencia de la pareja —más de doce años— D. Fernando procedió como propietario real de la finca, ante sí y ante terceros.

- D. Fernando interpuso demanda de menor cuantía contra D.^a María, D.^a Juana y D. Pedro, y contra D. José y D.^a Mercedes, solicitando que se dictara sentencia por la que, se declare que el actor es el propietario o titular de la vivienda descrita en el expositivo séptimo de esta demanda, acordando para ello, y en lo que fuese menester, la nulidad de los títulos e inscripciones registrales que contradigan la indicada declaración y condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y por las consecuencias inherentes a la misma, e imponiéndoles las costas del presente procedimiento.
- Admitida a trámite la demanda la representación procesal de D.^a María, D.^a Juana y D. Pedro, contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia desestimatoria de la demanda. D. José y D.^a Mercedes se allanaron a la demanda. Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 1 de Palma de Mallorca dictó sentencia con fecha 21 de diciembre de 1995 desestimando la demanda y absolviendo a los demandados de las peticiones que contra ellos se contenía en el suplico de la demanda con expresa imposición a la parte actora de las costas procesales causadas en esta instancia.
- En grado de apelación, la Sec. 3.^a de la AP de Baleares dictó sentencia el 28 de abril de 1997 estimando el recurso de apelación interpuesto por D. Luis, como sucesor procesal del actor D. Fernando, la cual se revoca; y en su lugar: 1.^º) Se declara que el actor es el propietario de la vivienda descrita en el expositivo séptimo de la demanda, y en su consecuencia, se acuerda la nulidad de los títulos e inscripciones que contradigan la indicada declaración, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y por las consecuencias inherentes a la misma. 2.^º) No se hace expreso pronunciamiento de las costas causadas en ninguna de las dos instancias”.
- D. Pedro, D.^a Juana y D.^a María interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del juzgado de 1.^a Instancia.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Motivos del recurso.

a) En el motivo primero se denuncia la infracción del art. 1255 CC y de la jurisprudencia que, al amparo de dicho precepto de

libertad contractual, ha configurado el negocio jurídico fiduciario, en relación con los arts. 1276, 1261.3, 1281 y 1253 del propio CC; y se alega que, partiendo del hecho indiscutible no controvertido por ninguna de

las partes en litigio y de las sentencias recaídas en los presentes autos, de que el contenido jurídico declarado en la escritura pública de fecha 4 de mayo de 1983, no fue el deseado internamente por los hoy litigantes, se circunscribe el presente litigio en la calificación jurídica de la escritura pública citada, y más concretamente en la determinación del negocio jurídico subyacente en la misma. Así, por un lado esta representación, al igual que la sentencia de instancia, sostiene que estamos ante un caso típico en la realidad social contemporánea de simulación relativa, motivada por indiscutibles vínculos sentimentales, en la que las partes celebran externamente un contrato simulado —de compraventa— bajo el cual se cobija aquel negocio jurídico que constituye la verdadera voluntad de las partes, un negocio disimulado de donación, instrumentalizado a través de la correspondiente escritura pública, válido a tenor del art. 1276 del CC. Es decir, cuando si bien no expresa la verdadera causa del contrato éste está fundado en otra verdadera y lícita. Y que, por otro lado, la parte actora-apelante así como la sentencia de alzada mantiene que nos encontramos ante un negocio fiduciario, en la modalidad cum amico, fundamentado, según la propia sentencia, en razones de comodidad o de conveniencia, a la vez que rechaza, acogiendo cierta doctrina jurisprudencial ya superada, la posibilidad de que tras un negocio simulado de compraventa pueda existir una donación, negando también que la presunta donación analizada cumpla con las solemnidades de forma exigidas por el art. 633 CC válido a tenor del art. 1276 CC.

En efecto —continúa el motivo— no sólo no existe pacto escrito o verbal alguno que contemple la inexcusable presencia del pactum fiduciae, sino que del documento privado de fecha 4 de mayo de 1984 (documento núm. 5 acompañado con la demanda), es decir, de idéntica fecha que la escritura pública que se pretende anular, se infiere la inequívoca intención del originario actor D. Luis F. L. de G. de transmitir de

forma permanente y definitiva a D.^a Antonia G. E., a la sazón compañera sentimental de aquél, la vivienda objeto del presente procedimiento... Así, atendiendo al conjunto de actos anteriores, coetáneos y posteriores de las partes, además de los negocios jurídicos celebrados el día 4 de mayo de 1983, ya aludidos, consta acreditado en autos que, 1.^o) La Sra. G. inscribió su derecho dominical en el Registro de la Propiedad el día 8 de mayo de 1984 —sic— un año después de la donación, al tiempo que se dio de alta, como titular de dicha finca, en el Impuesto de Bienes Inmuebles, actos contradictorios con una titularidad temporal, ficticia y revocable en cualquier momento por voluntad del presunto fiduciario. 2.^o) Asimismo, la circunstancia probada de que el actor viniera satisfaciendo, durante los doce años de convivencia, los gastos corrientes y ordinarios de la pareja y del mantenimiento de la vivienda certifica, una vez más, como señala la sentencia del JPI núm. 1 de Palma, el animus donandi de éste. Respecto a este último punto, no debe olvidarse que D.^a Antonia G. E., no tenía ni trabajo retribuido ni ingresos propios, dedicándose exclusivamente a las labores domésticas, siendo el Sr. F. quien sostenía económicamente los gastos de la pareja, por lo que, en este contexto, muy cotidiano en la realidad social de este país, no puede inferirse que el abono por el Sr. F. de los gastos ordinarios para el mantenimiento de la vivienda en la que ambos convivían —y que convivieron durante un total de doce años de forma ininterrumpida—, significase «una posición jurídica desdoblada según se mire a terceros o al fiduciante», sino más bien todo lo contrario, significaba un acto de liberalidad a favor de la persona con quien mantenía una relación sentimental estable y duradera, en modo alguno provisional o condicionado a una futura restitución.

Esto es —continúa el motivo—, se sostiene la realidad negocial de una simulación relativa inserta en las distintas operaciones efectuadas sobre la discutida vivienda

(compra inicial de la misma por el actor 16 de octubre de 1979, posterior renuncia o cesión a esos derechos a favor de su «compañera sentimental» en 4 de mayo de 1983 y, otorgamiento en esta misma fecha de la escritura de propiedad a su favor por los originarios vendedores, aparte de otros actos que se describen demostrativos del animus donandi del actor a favor de la misma), todo lo que aparte la calificación que la recurrida ha efectuado de la existencia de un pacto fiduciae.

b) En el motivo segundo se denuncia la infracción de los arts. 1276 CC sobre la simulación relativa de los negocios jurídicos, y 633, 1253, 1281 y 1288 del propio CC y la jurisprudencia sobre negocios jurídicos simulados de donación bajo la apariencia de compraventa y sus requisitos formales; alegándose que, la sentencia recurrida rechaza que la escritura pública de compraventa encubra una donación por no concurrir los requisitos legales de dicho negocio jurídico: el animus donandi y la forma requerida por el art. 633 CC e, incluso se arguye cierta doctrina jurisprudencial que «niega a una escritura de compraventa que resulta ser simulada y que encierra en realidad un contrato de donación verdaderamente querido, la validez de contrato de donación, porque aun probado qué es lo que, si bien oculto, se acordó, no vale porque no ha guardado su forma esencial exigida, ya que la escritura no recoge unas declaraciones de los otorgantes de donar y de aceptar en donación el inmueble pretendidamente vendido»...

La voluntad —continúa el motivo— de donar el inmueble objeto de la presente controversia aparece reflejada con una claridad meridiana en el documento privado de fecha 4 de mayo de 1983, antes citado, suscrito por el actor D. Luis F. L. de G., en el que de forma expresa, manifiesta su animus donandi de la vivienda de autos a su pareja sentimental, D.^a Antonia G. E., autorizando al mismo tiempo a los entonces titulares registrales de dicha vivienda a que otorgaran la correspondiente escritura pública a favor de aquélla. Esta donación estuvo sin duda mo-

tivada por la consolidada relación de convivencia extramatrimonial entre el Sr. F. y la Sra. G., en la misma vivienda desde prácticamente su adquisición, vivienda que constituyó el domicilio de la pareja durante los más de doce años de convivencia marital, además de los actos coetáneos anteriores y posteriores descritos con anterioridad.

Se resalta, pues, que la inexistencia del requisito de forma requerida para la donación de inmuebles en la compraventa de 4 de mayo de 1983, no empece para la realidad de esa donación-negocio disimulado en el simulado de la compraventa efectuada.

2. Fundamento jurídico de la sentencia dictada por el Juzgado.

La tesis del Juzgado se resume así, FJ 3.º: El negocio jurídico de fecha 4 de mayo de 1983, no recoge la entrega de un inmueble en fiducia ni compraventa entre los vendedores iniciales y D.^a Antonia, sino que, concurriendo simulación relativa, mediante la apariencia de una compraventa se encubre una donación que se declara completamente válida, que excluye la fiducia cum amico por absoluta incompatibilidad de esencia, pues la donación tiene su base causal en la liberalidad y la «causa fiducial» no aparece en relación con la finalidad que el actor manifiesta que persiguió. La donación se hizo, en el presente caso, con ocasión o en contemplación de la relación de convivencia habitual extramatrimonial entre D. Luis F. L. de G. y D.^a Antonia, prácticamente desde la fecha de adquisición del inmueble, que constituyó el auténtico móvil de la donación de la vivienda y de que el actor sufragara los aparatos contadores, gastos de mantenimiento, gastos comunitarios y por consumo (telefónico, gas, energía eléctrica). La finalidad del actor era donar a Antonia mediante transmisión definitiva, inconciliable con las consecuencias de una transmisión puramente formal y provisional, atendido el período de convivencia superior al decenal, así como las diferencias sustanciales de índole

subjetiva y objetiva que se deducen de comparar los documentos privados de 16 de octubre de 1979 y 24 de abril de 1980, con la escritura pública de compraventa de fecha 4 de mayo de 1983. Es más, como se verá, no se puede desconocer la unidad funcional y negocial del conjunto documental, que evidencian e integran, a la luz del fin conseguido, una única operación simulada; y además, las relaciones íntimas y de amistad pueden, incluso, ser motivo causalizado indóneo principal o complementario, del de nueva liberalidad del donante, máxime cuando la vivienda objeto del litigio estaba destinada a ser el domicilio de la pareja.

Consideraciones anteriores que entroncan con el hecho de que al pagar el resto del precio a 24 de abril de 1980, el recibo recoge que «puede hacerse la escritura cuando lo desee»; que el actor renunció al derecho de adquisición a favor de D.^a Antonia y autorizó el otorgamiento a favor de ésta, a los tres años de convivencia (documento núm. 5, de fecha 4 de mayo de 1983); que los gastos abonados por el actor corroboran la liberalidad y la intención de donar la vivienda y favorecer a su compañera sentimental; que el actor se dio de baja como usuario en «Telefónica y Gesa», a 31 de mayo de 1993 y 24 de mayo de 1993, respectivamente, mientras sigue la donataria como sujeto pasivo en el Impuesto municipal sobre Bienes Inmuebles. Al ser en realidad, lo que el Notario autorizó como compraventa, una donación, aparecen cumplidos los requisitos que exigen el art. 633 del CC, al haberse hecho la donación en escritura pública, con expresión individualizada del bien objeto de la misma y constar la aceptación de la donataria (presunta compradora) que compareció personalmente al otorgamiento de la misma, y la causa gratuita, verdadera y lícita que surge de todo ello, evidencian la donación y los requisitos necesarios para su validez y eficacia (TS SS 18 de abril de 1990, 10 de noviembre de 1994, 23 de septiembre de

1989, 19 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 1988 y 23 de octubre de 1992, entre otras muchas).

3. **Fundamento jurídico de la sentencia dictada por el Juzgado.**

La tesis revocatoria de la Audiencia según su FJ 2.^º: «... Entiende este Tribunal que no puede aceptarse la tesis de la sentencia recurrida, por no concurrir los requisitos legales del negocio jurídico que se dice disimulado... Y, en este sentido es reiteradísima la doctrina científica y jurisprudencial que establecen la esencialidad de la escritura pública en el contrato de donación, de tal modo que la forma que la ley exige para la donación de inmuebles es forma del contrato, no de la entrega de lo donado. Incluso existe cierto criterio jurisprudencial, avalado por autorizada doctrina... Y si la esencialidad de la forma en estos contratos es tan tajantemente impuesta, con mayor motivo se ha de entender que en absoluto concurre este requisito en el caso ahora enjuiciado donde en absoluto consta en escritura pública ni el animus donandi, ni siquiera existe coincidencia entre las partes otorgantes del contrato simulado de compraventa con el pretendido de donación... se llega a la conclusión —cosa que hace la sentencia apelada y que ambas partes litigantes admiten— de que la escritura pública de fecha 4 de mayo de 1983, es merecedora de ser declarada viciosa de nulidad relativa, que no esconde negocio alguno válido, por no contar la donación en escritura pública. Queda, por tanto, examinar si de los documentos privados de 16 de octubre de 1979 (de compraventa del inmueble a los codemandados allanados por parte del actor) y de 4 de mayo de 1983 (de autorización del Sr. F. a los vendedores para otorgar escritura pública de compraventa a favor de la Sra. G.), únicos documentos que pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del litigio, puede derivarse la prosperabilidad de la pretensión actora».

4. Fundamento jurídico de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo.

Planteándose en ambas resoluciones la controversia sobre si lo acaecido en el litigio comporta una simulación relativa —tesis del Juzgado y de la contestación a la demanda del recurso— o bien, una fiducia cum amico, tesis de la sentencia recurrida, este Tribunal, a manera de síntesis resume su doctrina a propósito de ambas figuras y su correspondiente diferencia.

a) Sobre la simulación en los negocios, se decía en S 8 de julio de 1999: «... la Sala que juzga refleja en línea de principio, en cuanto a la simulación absoluta, las tesis sustentadas en numerosas sentencias, entre ellas, la de 29 de noviembre de 1989: “se expuso, entre otras, en S 18 de julio de 1989, calificada la simulación de total o absoluta, la llamada *simulatio nuda*, la misma por su naturaleza esencialmente contraventora de la legalidad (la cual como es sabido, al no estar específicamente regulada o contemplada por nuestro CC, ha sido estructurada por la doctrina más decantada, y frente a la tesis de que pueda ser una manifestación de discordancia entre la voluntad real y declarada —vicio de voluntad—, la subsume como un supuesto incluíble dentro de la causa del negocio, es decir, la simulación que implica un vicio en la causa negocial, con la sanción de los arts. 1275 y 1276, y por tanto con la declaración imperativa de nulidad, salvo que se acredite la existencia de otra causa verdadera y lícita; y se puede distinguir una dualidad, o simulación absoluta, cuando el propósito negocial inexistente por completo por carencia de causa —*quid debetur aut quid pactetur*— y la relativa que es cuando el negocio aparente o simulado encubre otro real o disimulado), ostenta una afinidad cuasi pública con los institutos que en su juego operativo se prevalecen de la significativa tutela de la intemporalidad o imprescriptibilidad de aquellas acciones que persiguen la destrucción de lo así simulado y el prevalimien-

to de la realidad con el desenmascaramiento del negocio de ficción efectuado...”, S 8 de febrero de 1996: “... Tiene declarado esta Sala (SS 23 de septiembre de 1990 y 16 de septiembre de 1991) que la simulación contractual se produce cuando no existe la causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta sin que se oponga a la apreciación de la simulación el que contrato haya sido documentado ante fedatario público”, y en parecidos términos se manifiesta la S 30 de septiembre de 1989, al decir que “el concepto jurisprudencial y científico de simulación contractual —doctrina superada por la afectante a la causa— que es un vicio de la declaración de voluntad de los negocios jurídicos por el cual, ambas partes, de común acuerdo, y con el fin de obtener un resultado frente a terceros, que puede ser lícito o ilícito, dan a entender una manifestación de voluntad distinto de su interno querer...”».

b) Sobre el negocio fiduciario. Se decía en la sentencia de 22 de febrero de 1995: «Se está en presencia de un negocio fiduciario por el que quien recibe la titularidad de los bienes se obliga a emplear las facultades dispositivas que la adquisición le confiere en el cumplimiento de las finalidades de la fiducia. No puede integrar en su patrimonio el objeto sobre el que recae como si la titularidad fuese suya y no del fiduciante. El instrumento jurídico que se utiliza suele ser el de una compraventa ficticia que no por eso dejará de tener su causa, que se halla en la concesión de facultades dispositivas al fiduciario para alcanzar una determinada y prevista finalidad, con el riesgo inherente en estos negocios de que el fiduciario abuse de su posición jurídica y emplee aquellas facultades no en utilidad o beneficio del fiduciario...».

Acerca de sus diferencias dice, FJ 3.º de la recurrida: «... En el negocio fiduciario existe una divergencia entre el fin económico perseguido y el medio jurídico empleado, de manera que las partes se proponen obtener un efecto distinto y más restringido del

que es propio del medio jurídico puesto en juego (TS SS 5 de abril de 1993, 7 de marzo de 1990, 28 de octubre de 1988), cuya naturaleza y efectos —del negocio fiduciario— puesta de manifiesto por la Jurisprudencia, responde a la tesis del doble efecto, procedente de la doctrina alemana: negocio de naturaleza compleja, producto de dos contratos independientes, real el uno con transmisión plena del dominio, eficaz frente a todos, obligacional el otro, válido entre las partes, por el que el adquirente había de actuar sujeto a lo convenido de forma que no impidiera el rescate de los bienes por el transmitente; si bien es de advertir que el TS, que aplicó en muy pocos casos, como en la S 18 de febrero de 1965, esa doctrina con los enérgicos efectos que de ella lógicamente derivan, ha evolucionado en un sentido que viene a descartar aquella concepción de la fiducia que, en sistema, como el de nuestro ordenamiento jurídico, resulta de difícil adecuación dada la relevancia de la causa en los contratos, de forma que se ha llegado, no sin críticas de orden conceptual, a entender que el fiduciario ostenta sobre los bienes una titularidad formal, o una titularidad que se califica de fiduciaria o de dominio impropio, como si se produjera una especie de división del dominio en una parte formal y otra material, conservando el fiduciante la titularidad real y material de los bienes, quedando aquella formal del fiduciario en estricta dependencia de los pactos que la originan y con el alcance de ellos derivado. Abundante doctrina jurisprudencial reitera que en el negocio fiduciario se transmite una titularidad formal y aparente, válida y eficaz frente a terceros de buena fe y por título oneroso... con una limitada eficacia que no puede oponerse al fiduciante por no haberse producido una verdadera transmisión del dominio (SS 28 de diciembre de 1973, 2 de junio de 1982, 9 de octubre de 1987, 8 de marzo de 1988, 19 de marzo de y 5 de julio de 1989, 30 de enero de 1991, 30 de abril de 1992, 5 de julio de 1993... etc.), de tal modo que, aunque eficaz frente a esos terceros de buena fe y por título oneroso,

entre las partes obliga a reconocer la titularidad real que conserva el fiduciante (SS 9 de octubre de 1987, 8 de marzo de 1988), pues entre ellos no puede prevalecer la apariencia creada por el negocio directo (S 19 de mayo de 1989). Asimismo, y desde otro punto de vista, también la Jurisprudencia ha tenido ocasión de diferenciar el negocio simulado —en su especie de simulación absoluta o carente de causa— y la fiducia cum amico ya que 1) el simulado es un negocio ficticio, no real, mientras el fiduciario es un negocio serio, querido con todas las consecuencias jurídicas, 2) el simulado es un negocio simple mientras que el otro es complejo, 3) el simulado es absolutamente nulo, sin llevar consigo transferencia alguna de derechos, y el fiduciario es válido (TS S 28 de octubre de 1988), 4) el negocio simulado carece de causa, por lo que lo hace radicalmente nulo, mientras que el fiduciario lleva insita la causa fiduciae (TS S 30 de enero de 1991)».

Aplicando esa precedente doctrina al caso debatido, es evidente que los citados motivos han de prosperar, por los siguientes argumentos relevantes extraídos de los mismos *facta* acreditados:

a) Cualesquiera que fueran las causas por las cuales el actor ejercita su acción de reclamación de la propiedad del inmueble litigioso, no puede pasar desapercibido que el origen de la inicial conducta transmisiva del mismo, una vez que adquirió la vivienda por contrato privado de 16 de octubre de 1979 y satisfecho su importe en 24 de abril de 1980, fue determinante que en esa vivienda el actor convivió con su doméstica y, a su vez, compañera sentimental la causante de los demandados, Antonia G., al menos, desde 1981 hasta 1993. Y, sin duda con el propósito de reforzar esa convivencia o, tal vez, con una suerte compensadora de la misma, acontece que aquel propietario y en razón a la «confianza» entre los interesados, en 4 de mayo de 1983, efectúa dos actos jurídicos significativos, por un lado, renuncia expresamente a su propiedad a favor de su «compañera» se la nombra *nominatim* en

el documento suscrito por el citado —al f. 24 autos— autorizando a los originarios vendedores a suscribir esa compraventa en beneficio de la misma, lo que se lleva a cabo por escritura de esa misma fecha, en la que ésta actúa como compradora. Los actos posteriores confirman esa intencionalidad, pues sin perjuicio de inscribirse la finca a favor de la compradora en 8 de mayo de 1984, el actor asumía los gastos de toda clase de esa vivienda y los inherentes a la convivencia entre los interesados, hasta que el 3 de mayo de 1993, se plantea la titularidad de la misma por el demandante, al cesar la convivencia, y tras la muerte de la compradora en 1994, la disfrutan o habitan sus causahabientes hoy demandados, hijos de la citada.

b) Calificar como hace la Sala a quo de que, en este conjunto de actos y circunstancias acontece una fiducia cum amico, supone forzar los canales de la interpretación y, sin más, encontrar un voluntarismo negociado, por completo inexistente en el litigio, porque, esa fiducia presupone unos vínculos entre fiduciante y fiduciario para que por éste se cumpla el encargo confiado, y por tanto su propiedad formal desaparezca y se reintegre o la reintegre a la real de la fiduciante y, mal puede ello predicarse, cuando tras la adquisición primitiva por la compradora, ésta mantiene su titularidad con la aquiescencia del supuesto fiduciante, y hasta inscribe su derecho patrimonial con total autonomía, y todo ello, sin perjuicio de que se admita que el precio de la vivienda fuese satisfecho por el actor y que, asimismo, asuma los gastos de mantenimiento inherentes al inmueble, lo que no tiene otra explicación que la que subsigue y que se comparte en línea con los referidos motivos.

c) Porque, en efecto, sin que se participe en esa tesis de la Sala a quo porque no se razona en forma (salvo que se alinee la declaración con la rechazada fiducia) por cuando en su FJ 2.^o, se expresa que esa compraventa de 4 de mayo de 1983, está viciada de nulidad relativa, «que no esconde negocio alguno válido» y, ello le da pie para ana-

lizar, en su línea, los actos anteriores, ha de especularse sobre el relieve jurídico de todas las operaciones acontecidas en su conjunto para culminar el calificativo de que las mismas encierran un negocio simulado, de la especie relativa, y para ello se precisa demostrar (y rebatir, consecuentemente, la tesis de la Audiencia) sobre que esa simulación comportaba por un lado, el negocio disimulado de una compraventa y, por otro, el simulado de la donación, porque,

— No cabe compartir que no sea posible apreciar la donación —o negocio disimulado— ya que no concurren los requisitos de forma exigida por los arts. 618 y 633 y cc. del CC y, en especial, que no se aprecia con sustantividad el presupuesto básico del animus donandi del transmitente. Lo primero, es claro ha de rechazarse, porque, en la escritura de compraventa de 4 de mayo de 1983, según jurisprudencia reiterada, cuya cita huelga por sabida, esa forma coincide con la de la donación y, la conformidad de la que actúa como compradora subsume su previa aceptación (validez de la donación encubierta en forma de compraventa si se acredita el animus donandi, por todas S 13 de diciembre de 1993).

— Resta, sobre todo, subrayar la «verdad» irrefutable del animus donandi, para lo cual, se reitera una vez más que aquellos lazos de convivencia durante un período tan dilatado entre el actor y su doméstica —admitida también su relación sentimental— que sin duda debieron integrar la motivación —acaso de compensación o gratitud— de su propietario, que no sólo autoriza a sus anteriores vendedores a que otorguen la escritura a favor de la interesada, sino que, previamente, renuncia a los derechos que le pudieran asistir, que unido a la conformidad con los actos dominicales de la conviviente y, sobre todo, la asunción de las cargas de mantenimiento del inmueble, son, en definitiva, bien elocuentes, para culminar en la realidad de aquel animus, sin que, por último, la circunstancia de que en la escritura de propiedad de 4 de mayo de 1983, los

transmitentes o vendedores no coincidieran con la persona del actor, sea relevante, ya que la renuncia y autorización precedentes demuestran la razón de ser de una mera interposición formal no elusiva de la permanencia de repetido animus donandi escamoteado o que respondía tal vez, a una apariencia acomodaticia a un velado propósito de no airear la existencia de la donación disimulada.

Por todo ello, y sin precisar examinar tercer y último de los motivos, la Sala actuando a tenor del art. 1715.1, comparte el recto razonamiento de la instancia del Juzgado y, estimando el recurso, confirma la primera sentencia con los efectos derivados, sin que a tenor del art. 1715.2.º LEC, proceda imposición de costas en ninguna de las instancias, al hacer uso el tribunal que juzga de la salvedad que preceptúan los arts. 523, 710, 873 y 896 de dicha Ley, aplicables en su caso.

3. *Validez del contrato pactado entre dos convivientes en virtud del cual se fijó la comunidad de todos los bienes adquiridos durante la convivencia de pareja y una pensión mensual para el caso de separación y ruptura con la finalidad de compensar a la mujer que por motivo de tal convivencia había perdido su anterior actividad laboral hasta que la reanudara, sin que pueda entenderse la existencia de un enriquecimiento injusto.*

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de febrero de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.ª Julia promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D. Antonio sobre reclamación de cantidad y otros extremos en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: “Acuerde, en cumplimiento de contrato suscrito por las partes con fecha 10 de julio de 1992, condenar al demandado, D. Antonio a que abone a D.ª Julia: 1) El importe de la mitad de los bienes, muebles y enseres adquiridos para la decoración de la vivienda así como del automóvil marca Peugeot-605, M-...-MM, todo ello por la mitad de su valor de compra que asciende a 8.974.803 ptas. 2) La suma de 209.400 ptas. mensuales con sus correspondientes actualizaciones de acuerdo al IPC., desde la fecha de interrupción de la convi-

vencia el pasado día 19 de marzo de 1993. 3) La cantidad de seis millones de pesetas, prestada a D. Antonio por la actora con cargo a los bienes privativos existentes antes del inicio de la convivencia como pareja. Todo ello con expresa condena al demandado del pago de las costas causadas.”

- El demandado compareció en autos y contestó a la demanda formulando igualmente reconvencción en la que solicitaba que se dictase sentencia por la que: “1.º Declare: La resolución del contrato de convivencia de fecha 10 de junio de 1992 suscrito entre D. Juan Antonio y D.ª Julia por el incumplimiento en que ha incurrido D.ª Julia. Se declare igualmente la propiedad exclusiva de mi poderdante de todos los bienes adquiridos constante la convivencia entre los litigantes, como son el mobiliario que compone la decoración de la vivienda de la calle O., núm. ...9 y el automóvil marca Peugeot-605, matrícula M-...-MM. No haber lugar a la medida cautelar solicitada por D.ª Julia. 2.º Condene a D.ª Julia: Al pago de 2.000.000 de ptas. (dos millones de pesetas) que adeuda a mi representado. En costas a la parte reconvenida por su temeridad y mala fe.”
- Conferido traslado a la actora de la demanda reconvenzional formulada, ésta la evacuó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó de aplicación al caso, y terminó suplicando se dictase sentencia “Desestimando las pretensiones del reconviniente, a quien deben imponérsele las costas causadas por su reiterada temeridad y mala fe.”
- El Juzgado de 1.ª Instancia núm. 35 de Madrid dictó sentencia el 4 de mayo de 1995 estimando íntegramente la demanda deducida por D.ª Julia contra D. Juan Antonio y condenó al demandado a pagar a la demandante la cantidad de 14.974.803 ptas. y la suma de 209.400 ptas. mensuales con sus correspondientes actualizaciones de acuerdo al IPC, desde el 19 de marzo de 1993. Se imponen al demandado las costas procesales.”
- En grado de apelación, la Sec. 2 de la AP de Madrid dictó sentencia el 27 de mayo de 1997 estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D. Juan Antonio y revocando en parte la sentencia y, en su lugar, desestimando totalmente la reconvencción formulada por D. Juan Antonio debemos absolver y absolvemos a D.ª Julia y estimando parcialmente la demanda presentada por D.ª Julia debemos condenar y condenamos a D. Juan Antonio a pagarle a D.ª Julia 9.645.401 ptas. (6.000.000 + 3.645.401) y la pensión mensual de 209.400 ptas., actualizada conforme a las variaciones del índice de precios al consumo, desde el día 18 de marzo de 1993 hasta el día 11 de julio de 1994. En cuanto a las costas ocasionadas en la primera instancia, las de la demanda serán abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad, mientras que las de la reconvencción se imponen al reconviniente. Y las costas ocasionadas en la apelación serán

abonadas por cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad.”

- D. Juan Antonio y D.^a Julia interpusieron recursos de casación que fueron desestimados por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

1. Recurso de casación de D. Antonio.

Alega el recurrente la infracción de los artículos 1285 y 1281 del Código Civil. Pese a que la parte impugnante conoce la doctrina jurisprudencial relativa a que la interpretación es cuestión de los órganos de instancia, salvo que resulte ilógica o absurda, no sólo no demuestra la falta de razonabilidad, lógica y buen sentido de la hermenéutica realizada por la Sala de instancia, sino que pretende sustituir el criterio objetivo e imparcial del órgano a quo por el parcial y subjetivo propio.

No demuestra la recurrente en ambos motivos que sea ilógica o absurda la interpretación realizada, ni ha impugnado tampoco por la vía adecuada error alguno. Se ha limitado en el primero de estos motivos que habrá de estarse a los términos acordados en el documento de 10 de julio de 1992 y pretende —lo que es inveraz— que la Sala a quo mezcla la regulación convencional con la normativa reguladora de la institución matrimonial (sic) y añade que sólo se fija en las cláusulas 3.^a y 5.^a y no menciona a las demás y entiende que éstas no son excluyentes, sino concurrentes. Sigue diciendo que no se refiere a la cláusula 4.^a y concluye que, acreditado que D.^a Julia ha reanudado su actividad laboral el 11 de julio de 1994 —como consta en el apartado IV de la sentencia recurrida—, la única consecuencia es el abono de la suma expresada hasta el momento en que la actora reanuda su actividad laboral o conviva maritalmente con otra persona. Concluye el motivo reiterando que los bienes no deben tenerse por indivisos y

comunes y tan sólo si no hubiera reanudado D.^a Julia su actividad laboral.

Esta Sala no está acorde con la argumentación utilizada y entiende que las cláusulas 3.^a y 5.^a del Convenio suscrito por las partes, son suficientemente claras en su literalidad y espíritu. Así, la 3.^a estipulación convierte los bienes adquiridos durante el período de convivencia more uxorio, así como los explicitados en el documento y adquiridos con anterioridad a la suscripción del documento, en propiedad común de ambos firmantes. Por otra parte, la disposición 5.^a se refiere tan sólo al supuesto de que se produjera la ruptura y separación entre los otorgantes, en que el recurrente debía abonar una mensualidad a la mujer, que cesaría tan pronto reanudara ésta su actividad laboral. No se trata de dos cláusulas excluyentes en sus acuerdos. La vida en común ha determinado la adquisición de concretos bienes cuyo carácter común se justifica, no sólo por la propia convivencia, sino por la dificultad de precisar la participación económica de cada uno de los miembros de la pareja, mientras que el apartado 5.^o supone una reparación a la mujer que pierde su actividad laboral predecible al comenzar su convivencia con el ahora recurrente y es compensada, en caso de ruptura hasta que vuelva a la actividad de trabajo.

Ambos motivos deben perecer por ello, pero es que además, tal planteamiento supone una cuestión nueva, que no se ha hecho, ni en el escrito de contestación, ni en la reconvencción, luego abandonada, primero negando el cumplimiento por la actora de sus obligaciones y postulando la resolución del convenio y después en el acto de la vista del

recurso de apelación, apoyándose en el enriquecimiento injusto y en la cláusula *rebus sic stantibus*". En este sentido, las sentencias de esta Sala de 14 de junio, 4 de diciembre de 2000 y 12 de febrero, 8 y 30 de marzo y 31 de mayo de 2001, entre otras muchas.

En otro motivo aduce infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el enriquecimiento injusto, porque entiende que aplica concurrentemente las disposiciones 3.^a y 5.^a del Convenio, D.^a Julia se vería compensada doblemente en sus funciones de ama de casa y se remite al razonamiento del motivo segundo.

El motivo parece inexcusablemente. Con independencia de que se planteó en su demanda reconventional, luego abandonada en la apelación, es preciso para la aplicación de tal doctrina, entre otros requisitos, que carezca de toda razón jurídica, o sea, la falta de causa, entendiéndose por justa causa, la situación jurídica que autorice al beneficiario de un bien a recibirle, sea porque exista una expresa disposición legal en ese sentido, o sea porque se ha dado un negocio jurídico válido y eficaz —sentencia de esta Sala de 19 de diciembre de 1996. Se trata de un contrato válidamente pactado entre las partes en que se fijó en la disposición 3.^a la comunidad de todos los bienes adquiridos durante la convivencia de pareja, mientras que la estipulación 5.^a que actuaba sólo en supuesto de separación y ruptura y para compensar a la mujer que por motivo de tal convivencia había perdido su anterior actividad laboral (hasta que la reanudara). No existe enriquecimiento sin causa y el motivo parece inexcusablemente.

En otro motivo alega infracción del art. 618 del Código civil en cuanto la sentencia de apelación considera que la entrega económica que efectuó el recurrente a D.^a Julia, y con tal motivo le escribió una carta que figura al folio 46 de los autos, constituye una donación. Entiende el motivo que la calificación jurídica ha de hacerse en conexión con las entregas que la mujer hizo a D. Antonio.

Así, la sentencia de segundo grado considera de naturaleza diferente las entregas entre compañeros sentimentales, pues considera la de D. Antonio en favor de D.^a Julia como donación y las inversas como préstamo simple.

La interpretación de los contratos es facultad privativa de los órganos jurisdiccionales de instancia y en este caso, tanto el Juzgado como la Audiencia son acordes en estimar esta entrega como donación y tal hermenéutica prevalece a menos que se demuestre que es ilógica o absurda y sin que pueda pretenderse sustituir con el criterio del recurrente la interpretación realizada —sentencias, por todas de 30 de octubre y 22 de noviembre de 1982, 4 de marzo de 1984, 26 de septiembre de 1985, 28 de febrero de 1986, 17 y 21 de abril y 7 de octubre de 1993, 29 de marzo de 1994 y 19 de febrero y 9 de abril de 1996, entre otras muchas—.

Pues bien, la carta que figura al folio 46 (25) de los autos habla por sí misma y proclama que la entrega de los diez millones de pesetas lo fue como donación. Ocho millones, aunque expresa diez. Las otras razones del recurrente chocan con la letra de la epístola: "... con el único afán de poder compensar de alguna manera el perjuicio ocasionado en este último año, ahí van 10 millones de pesetas...". El argumento de que el automóvil que aparece también como donado en la carta, tiene carácter de bien adquirido en común por la pareja y por ello el dinero tiene carácter de préstamo no resiste la más leve crítica, porque en el propio contrato a que se ha hecho referencia, de 10 de julio de 1992, figura tal automóvil. El motivo decae.

El sexto motivo aduce infracción de la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa en la forma establecida por la jurisprudencia, pero ahora referido al reintegro de los importes entregados por D.^a Julia a D. Antonio y que la actora conceptúa como préstamos. Hubo entregas económicas recíprocas —sigue diciendo el motivo— y el calificar unas como donaciones y otras co-

mo préstamo supone enriquecimiento injusto. Tal es la sola argumentación del motivo. El motivo parece inexcusablemente, porque la argumentación del recurrente, como señala el Fundamento jurídico cuarto I de la sentencia a quo, reconoce que las entregas de cinco y de un millón de pesetas se hicieron en concepto de préstamo.

En el séptimo motivo estima infracción del art. 1342 del Código Civil y sostiene que, una vez se ha visto imposibilitado por la ruptura sentimental el proyecto de matrimonio asumido por ambos compañeros sentimentales, las donaciones deberían considerarse sin efecto alguno. Con independencia de que el motivo supone el planteamiento de una cuestión nueva, proscribida en casación y que choca contra la prueba de autos y con la propia carta suscrita por el recurrente, fue precisamente la imposibilidad de contraer matrimonio lo que llevó a la suscripción del contrato de 10 de julio de 1992.

El octavo y último motivo del recurso estima infringido el art. 1740 del Código Civil en relación con el art. 1753 del mismo texto legal y entiende que si la única prueba existente del préstamo es que tuvo por devueltos seis millones de los ocho entregados por él y lo único que ha admitido es que ha de darse el mismo trato a la reclamación de D.^a Julia y cita la sentencia de 4 de mayo de 1927. El motivo parece inexcusablemente, porque en el hecho cuarto del escrito de contestación a la demanda —folio 385— se recoge: “D. Antonio, como reconoce la demandada, prestó a D.^a Julia 8.000.000 (ocho millones de pesetas) de los que después ésta le devolvió sólo 5.000.000 (cinco millones de pesetas) primero y posteriormente 1.000.000 de pesetas (un millón de pesetas) de manera que la demandante aún adeuda a mi representado 2.000.000 (dos millones de pesetas). El recurso debe ser desestimado por ello, porque de tal escrito alegatorio reconoce que tal entrega fue para pago parcial de una deuda y no con finalidad de donación.

2. Recurso de casación de D.^a Julia.

El recurso se desarrolla en dos motivos. El primero, estima infringido el art. 359 de la LEC y considera que la sentencia a quo en su fundamento jurídico Sexto III al recoger: “La actora no pidió en su demanda que se procediera a la división de los bienes adquiridos durante la convivencia extramatrimonial, con adjudicación a cada uno de la mitad, sino que, partiendo del dato de que D. Antonio se va a quedar con la totalidad de esos bienes reclama la mitad de su valor”, ha incurrido en incongruencia. Tal planteamiento no fue impugnado de adverso, pues bien, en contra de lo solicitado, la Sala de apelación adjudica en parte del dinero reclamado el automóvil, descontándose de la mitad de su valor de 5.117.644 pesetas del concepto total que D. Juan Antonio debería abonarle, según el fallo de la sentencia de primera instancia.

Asimismo, en el fundamento jurídico Sexto IV, al constatar que había comenzado a trabajar desde el 11 de julio de 1994, debía quedar sin efecto la pensión establecida en el contrato de 10 de julio de 1992 con efectos desde la fecha del comienzo de su actividad laboral. Pero tal cuestión, a juicio de la recurrente, no puede ser objeto de pronunciamiento en segunda instancia, sin perjuicio de que, firme la sentencia, se proceda a su ejecución. La actora, tras la ruptura de sus relaciones, comenzó su actividad laboral en julio de 1994, pero la sentencia de primer grado se dictó en mayo de 1995, casi un año después y la parte demandada pudo aportar tal dato a las actuaciones y no lo hizo.

El motivo tiene que parecer inexcusablemente. La causa petendi de tal solicitud del suplico del escrito inicial consistente literalmente en: “El importe de la mitad de los bienes, muebles y enseres adquiridos para la decoración de la vivienda así como del automóvil marca Peugeot-605 M-...-MM, todo ello por la mitad de su valor de compra que asciende a 8.974.803 pesetas” se basaba en

una comunidad existente sobre tales bienes y sobre la que se pretendía su división. La división y adjudicación a cada uno de los partícipes no podía realizarse al gusto y capricho de la actora, porque el Código civil mantiene unas reglas (arts. 400 y siguientes). No puede decirse tampoco que tal petición fuera acogida de adverso, cuando el escrito de contestación a la demanda se opuso a todas las pretensiones adversas y otro tanto en la demanda reconvenzional. La sentencia de primer grado estimó íntegramente la demanda, pero tal resolución fue impugnada en apelación por el demandado y aquí es donde la Sala de instancia, después de haber examinado la normativa aplicable al caso, añade “es de resaltar que es D.^a Julia quien se ha quedado con el automóvil... con un valor de 5.117.664 pesetas...” añadiendo que no resulta de recibo que ya se liquidará este bien en la fase de ejecución de sentencia, cuando la actora había reclamado la mitad del valor de tales bienes, incluido el vehículo que poseía y cuya mitad de valor también reclamaba en el pedimento primero de su demanda.

La solución adoptada por la Audiencia en su resolución, no sólo es justa, sino totalmente concorde con la normativa de la disolución comunitaria en nuestro Código civil. La parte tendría derecho a la mitad de los bienes, si la división entre éstos era totalmente exacta y equitativa. La pretensión de recibir la mitad del dinero valor de tales bienes, incluso el de uno que posee la reclamante, sólo podría encontrar justificación en la dificultad de división de los mismos —con independencia de la mala fe de la reclamación de mitad incluso de un bien que no posee el demandado— pero si ella ya posee un bien, la solución del Tribunal de instancia, habiendo existido oposición a tal pedimento, no sólo es justa, sino legal y debe ser rechazado por ello este submotivo.

Igual suerte desestimatoria debe correr el segundo submotivo, pues si se pedía en el suplico del escrito inicial la suma de 209.400 pesetas mensuales con sus corres-

pondientes actualizaciones desde la interrupción de la convivencia el 19 de marzo de 1993, es claro que si bien se había señalado y fijado el dies a quo, o momento inicial del cómputo, no se había consignado el final o ad quem. La demanda origen de esta litis se presenta, poco después de la ruptura, 23 de abril de 1993, pero D.^a Julia ha vuelto a trabajar en su antiguo empleo, el “Banco S.” el 11 de julio de 1994 y casi un año más tarde se dicta sentencia de primer grado, en concreto, el 4 de mayo de 1995. Sin embargo, no lo puso en conocimiento del Juzgado, faltando con ello a la buena fe y lealtad procesal y ahora pretende que debió ser la otra parte la que debió hacerlo, cuando se trata de un acto personal de la actora, y ha tenido que ocurrir en el acto de la vista del recurso de apelación cuando la ahora recurrente aceptó la extinción de su pensión en la citada fecha de 11 de julio de 1994. Si tal hecho del señalamiento del dies a quem ha sido reconocido por la actora tardía y voluntariamente, no procede dejar para ejecución de sentencia la determinación de tal dato de tanta trascendencia, mucho más cuando el propio petitum de la demanda pedía indefinidamente la suma mensual y no se refería para nada a su determinación y concreción en tal período de ejecución de sentencia y, sobre todo, por la innecesariedad de tal trámite cuando la precisión de tal período resultara de señalar sus datos inicial y final del plazo, de sencilla cuantificación que hacía más fácil por ello el cumplimiento del fallo.

El último motivo del recurso estima infringido el art. 24 de la Constitución y que se le ha provocado indefensión a la recurrente. Proclama en reiteración con el plural motivo antecedente, que al habérsele adjudicado en pago el automóvil, descontando la mitad de su importe, se le está causando indefensión, toda vez que si se hubiera planteado desde el principio la adjudicación de lotes a cada parte, se tendrían que haber realizado tasaciones de los mismos al momento de su entrega, porque unos bienes se de-

precian y otros aumentan de valor con el tiempo.

El motivo parece, porque no ha existido tal indefensión, que no ha sido denunciada, ni protestada en su tiempo y por los procedimientos adecuados. Desde otro punto de

vista, ha sido la actora, ahora recurrente, la que ha impedido con su injusto petitum la formalización de los lotes a los que se refiere en el motivo pretendiendo pedir la mitad del valor de un bien que está en su poder y callándolo.

VI. ERROR JUDICIAL

1. *Desestimación de la demanda de error judicial por la denegación de una pensión compensatoria en un procedimiento de divorcio, al no haber quedado demostrado, ni siquiera por vía de presunciones, que la esposa firmase el convenio regulador de la separación —en el que se reconocía la inexistencia de desequilibrio— bajo presión del marido.*

Tribunal Supremo, Sala 1.^a, Sentencia de 8 de febrero de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 1 de Vitoria en procedimiento de separación, dictó sentencia el 2 de febrero de 1993, a medio de la cual decretó la separación legal del matrimonio formado por D. José y D.^a María, solicitada de mutuo acuerdo y aprobó el Convenio Regulador presentado, de fecha 17 de diciembre de 1992, que había sido ratificado a presencia judicial.
- La cláusula quinta de dicho Convenio literalmente dice: “De la pensión: La separación que pactan los esposos no produce desequilibrio, no procediendo fijar pensión indemnizatoria en favor de alguno de ellos”.
- Con fecha de 27 de junio de 1997, el Juzgado de Primera Instancia N.º 1 de Vitoria dictó sentencia en la que, admitiendo la demanda de divorcio presentada por D. José contra su esposa D.^a María, decreta la disolución del matrimonio y ratifica el convenio suscrito por ambos y que fue aprobado por la sentencia de separación dictada el 2 de febrero de 1993, en dicha

sentencia se declaró: declaro: 1. La disolución del matrimonio formado por D. José y Dña. María, por causa de Divorcio. 2. Ratificar y aprobar en sus propios términos el Convenio Regulador, de fecha 17 de diciembre de 1992, aprobado por Sentencia de Separación conyugal de fecha 2-2-93. Todo ello, sin hacer una especial imposición de las costas procesales.

- Frente a dicha sentencia interpuso D.^a María recurso de apelación en relación con una sola cuestión cual es la denegación de la pensión compensatoria solicitada fundándose en dos motivos: primero, por la errónea valoración de la prueba acerca de la existencia de vicios en el consentimiento (violencia e intimidación) en la renuncia a la pensión que efectuó en el convenio regulador (cláusula quinta); y, en segundo lugar, por la existencia de desequilibrio económico. En el primer caso, además de poner de manifiesto los defectos formales de esa petición en la primera instancia (toda vez que no fue objeto de demanda reconventional) y de que su petición se formula cuatro años después de haberse suscrito el convenio, declara que en todo caso, ni siquiera de manera indiciaria, han quedado acreditadas las intimidaciones y violencias alegadas. En el segundo caso también es rechazada la pretensión de la apelante por cuanto quedan acreditados dos hechos: que la situación económica de la esposa ha permanecido invariable desde el momento de la separación matrimonial y que el marido disfruta en el momento de dictarse sentencia de una capacidad económica inferior, incluso, a la del momento de producirse la separación conyugal.
- D.^a María planteó ante el Tribunal Supremo demanda de reconocimiento de error judicial contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava con fecha 10 de noviembre de 1997 en el promovido por D. José contra D.^a María, y previos los trámites legales dicte sentencia declarando el error judicial en la citada sentencia, al tener derecho D.^a María a una pensión compensatoria.
- D. José, se personó en las actuaciones y contestó a la demanda, a la que se opuso por medio de las razones que alegó y terminó suplicando: “Que, habiendo por presentado este escrito tenga a bien admitirlo y por contestado y opuesto al Recurso de Revisión instado contra la Resolución dictada por la Audiencia Provincial de Álava y, siguiendo el procedimiento por sus demás trámites, se dicte en su día Sentencia declarando improcedente el Recurso, con expresa imposición de las costas a la recurrente”.
- El Abogado del Estado presentó contestación opositora a la demanda, en la que, tras las alegaciones que aportó, vino a suplicar: “Que tenga por contestada la demanda y, previos los trámites legales, dicte Sentencia por la que se declare la inadmisión del recurso o, subsidiariamente su desestimación con imposición de las costas, en todo caso, a la actora”. El Ministerio Fiscal también contestó a la demanda.

- El Tribunal Supremo desestimó la demanda de error judicial

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El Ministerio Fiscal en su informe señaló lo siguiente: “La demandante de error judicial mediante demanda presentada formalmente el día 9 de julio de 1998, pretende que por esta Excm. Sala se declare la existencia de error judicial en la sentencia de la Audiencia Provincial con base fundamentalmente a una pretendida equivocación de la instancia en la valoración de la prueba acerca de la existencia de desequilibrio patrimonial en el momento de la separación matrimonial y por la existencia de vicios en el consentimiento a la hora de la redacción del convenio regulador. En definitiva la parte ahora demandante, reproduciendo todos los motivos que en su día adujo en el recurso de apelación, lo que realmente pretende es que esta Excm. Sala vuelva a revisar todo el material probatorio y juzgue de nuevo, como si se tratara de una tercera instancia. Pero ello significa desconocer que el error judicial no comprende el supuesto de un análisis de los hechos y de sus pruebas, ni interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico y que, por ello, sirvan de base a la formación de la convicción psicológica en la que consiste la resolución, cuyo total acierto no entra en el terreno de lo exigible, puesto que en los procesos, aunque se busca, no se opera con una verdad material que pueda originar certeza y no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención a datos de carácter indiscutible, generadora de una resolución esperpéntica, absurda, que rompe la armonía del orden jurídico (por todas, STS 22 de mayo de 2001). Por muy grande que sea el esfuerzo de la parte y el lógico subjetivismo que condiciona sus pretensiones, es imposible señalar en la sentencia recurrida una sola equivocación manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la

interpretación o aplicación de la ley, o resaltar circunstancia alguna que evidencie que el fallo de la sentencia ha sido debido a una equivocada información sobre los hechos enjuiciados, por contradecir lo que es evidente o una aplicación del derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance (SSTS 12 de junio, 15 de septiembre y 11 y 19 de octubre de 2000)”.

El error judicial denunciado se articula en dos motivos. El primero se refiere a concretar la equivocación de los juzgadores de instancia en la apreciación de la prueba, ya que no estimaron que la demandante firmase el Convenio Regulador bajo la presión de haber sufrido grave intimidación por parte de su marido. Tal situación que actúa como vicio invalidante del consentimiento, conforme al artículo 1265 del Código Civil, no se tuvo por demostrada, ni siquiera por vía de presunción, sin perjuicio de las situaciones de violencia y quiebra matrimonial acaecidas antes de la suscripción del Convenio, pero sin acreditación precisa respecto al momento en el que el mismo fue aceptado y firmado por la demandante, sin dejar de lado que dicho Convenio fue ratificado a presencia judicial por separado y era el momento más procedente, bien para denunciar la agresión psíquica que se dice sufrió o no llevar a cabo su aceptación.

Lo que sí pretende con la demanda de error judicial es convertir este procedimiento en una nueva instancia para obtener el reconocimiento del derecho de la demandante a la pensión compensatoria solicitada que le fue denegada. La cláusula quinta del Convenio así lo autoriza y la misma no ha sido objeto en ningún momento de impugnación para decretar su nulidad, por lo que sigue desplegando todos sus efectos libera-

torios, al tratarse de pacto lícito, enmarcado en la libre voluntad de los otorgantes y los vincula conforme a los artículos 1254, 1255 y 1258 del Código Civil.

No procede acoger pretensión de reconocimiento de error judicial que se sustenta, como aquí sucede, en la revisión valorativa propia e interesada de la prueba practicada y que los juzgadores de instancia tuvieron en cuenta, siguiendo una línea de interpretación que se presenta dotada de lógica y suficiente racionalidad, para sentar la conclusión de que la pretendida intimidación no se había producido en cuanto fue la demandante la que libre y voluntariamente suscribió y con ello ratificó judicialmente el Convenio Regulator.

En estos casos la doctrina se muestra contundente, conforme declara la sentencia de 15 de septiembre de 2000 (que cita las de 18-4-1992, 3-3-1993, 14-2-1995, 27-11-1996, 11-1-1997, 14-4-1999, 20-7-1999 y 22-1 y 5-2-2000), pues cuando se mantiene discrepancia de parte con la apreciación de la prueba llevada a cabo por

el órgano jurisdiccional competente, en uso de sus facultades juzgadoras, el error judicial no ha de ser acogido por resultar improcedente.

Contiene la demanda como segundo motivo para que se declare se ha producido error judicial, el darse efectivo desequilibrio económico. El Tribunal de Instancia no lo estimó en base al “factum” sentado como probado, ya que mientras la situación económica de la esposa ha permanecido invariable hasta la actualidad, no sucede así respecto al otro cónyuge, ya que al encontrarse en situación laboral de invalidez permanente, sus ingresos se han visto disminuidos y le han situado en un nivel adquisitivo por debajo del que gozaba al tiempo de decretarse la separación matrimonial.

No obstante lo que se deja dicho, lo que resulta contundente para desestimar la pretensión es que la cláusula quinta del Convenio mantiene su vigencia y no cabe decidir contra la misma, pues se vulneraría abiertamente la libertad contractual y las obligaciones y derechos pactados.

VII. PENAL

1. *Condena por un delito de lesiones a los padres, él como autor y la madre como cómplice, y por uno de violencia doméstica habitual sólo al padre que reiteradamente golpeaba a los menores, además de no prestarles los cuidados necesarios, lo que motivó que finalmente fuesen declarados en desamparo.*

Tribunal Supremo, Sala 2.ª, Sentencia de 11 de marzo de 2003

Ponente: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

ANÁLISIS DEL CASO

- María Tomasa, nacida en el año 1968, es madre de tres niños nacidos en los años 1988, 1992 y 1999, llamados Juan Miguel, David y Antonio José. Des-

de principio del año 1996 convivía María Tomasa y sus hijos de manera estable con José Antonio, nacido en el año 1964, padre del tercero de los hijos.

- Ni M.^a Tomasa ni José Antonio prestaba la atención debida a sus hijos, que se encontraban mal aseados y faltos de cuidado, habiendo mandado al mayor a vivir con la abuela paterna.
- En fechas no concretadas, pero en todo caso entre finales de 1996 y el 30 de mayor de 1997, José Antonio, sin que pueda determinarse el número de ocasiones, golpeó reiteradamente, con las manos o dando patadas o con algún objeto contundente, al menor David, que contaba cuatro años de edad. Como consecuencia de tales agresiones el menor sufrió lesiones consistentes en múltiples hematomas en espalda, nalgas, caderas torso, brazos y piernas, todas ellas de diversas datas, con una antigüedad no superior a 20 días, que curaron tras una primera asistencia facultativa, sufriendo también lesiones psíquicas al derivar de esa actuación un estrés postraumático para el menor, que no respondía a estímulos, se quedaba quieto, cabizbajo, con una actitud absolutamente recelosa ante terceros, situación que requirió tratamiento prolongado de tipo psicológico y atenciones especiales en el centro en el que fue internado.
- La madre, pese a presenciar en ocasiones los golpes dados por José Antonio al menor y conocerlos otras veces por lo que éste le contaba, no tomó medida alguna para impedir que la situación continuase desarrollándose en esos términos.
- Conocedor el ISSORM de la situación de abandono de los menores, adoptó resolución de fecha 2 de mayo de 1997 asumiendo su tutela al apreciar desamparo de los mismos, llevando a cabo la recogida de los menores el 30 de mayo de 1997, pese a que tanto la madre como su compañero trataron de ocultarlos llevándolos a casa de un familiar, quien observó las lesiones del menor y lo puso en conocimiento de una Asistente Social y ésta del ISSORM, que procedió a retirarlos.
- José Antonio fue condenado anteriormente en sentencia firme de 24 de octubre de 1994 como autor de un delito de lesiones a la pena de cuatro meses de arresto mayor, por las lesiones ocasionadas a su esposa legal. También fue condenado en juicio de faltas 7/1996 seguido ante el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Cartagena en sentencia de 15 de febrero de 1996, por causar lesiones dolosas a los dos hijos de su matrimonio, de 11 y 5 años de edad.
- María Tomasa E., tiene reconocida por el ISSORM una discapacidad por retraso mental moderado, valorado administrativamente en 65%, por lo que percibe una pensión no contributiva (folios 25 y 26 del rollo de Sala).

- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Cartagena incoó la causa núm. 2/1998 por delito de violencia doméstica habitual y lesiones contra José Antonio y María Tomasa y una vez concluso lo remitió a la Secc. 1.^a de la AP Murcia que con fecha 21 de marzo de 2001 dictó sentencia condenando a los acusados como autores del delito de violencia doméstica habitual y autor y cómplice, respectivamente, de un delito de lesiones por los que venían acusados, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiéndoles las siguientes penas: a) A José Antonio, por delito de violencia doméstica habitual a la pena de tres años de prisión, y por delito de lesiones a la pena de tres años de prisión, en ambos casos la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de las condenas. B) A María Tomasa, por un delito de violencia doméstica habitual la pena de un año de prisión, y por el delito de lesiones (como cómplice) la pena de un año de prisión, en ambos casos también con igual pena accesoria a la antes señalada.
- María Tomasa y José Antonio interpusieron recurso de casación ante la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, estimándose el interpuesto por María Tomasa que fue absuelta del delito por el que venía acusada.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo, formalizado por error facti, se invocan como documentos el informe médico forense, obrante a los folios 11 y ss., fechado a 12 de junio de 1997, y el segundo, fechado a 30 de mayo de 1997. Con ello pretenden los recurrentes combatir el aserto fáctico, a cuyo tenor el menor sufrió estrés postraumático, que requirió tratamiento de tipo psicológico y atenciones especiales escolares.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo. El documento obrante al folio 5, demuestra ya los signos de abandono y la sospecha de malos tratos, diagnosticando policontusiones y otros efectos, prescribiendo una serie de medicamentos, derivando la atención hacia el pediatra y el odontólogo. El que figura unido a los autos a los folios 11 y ss., es concluyente: describe las lesiones traumáticas del menor, en el dorso, en miembros superiores e inferiores, así como sus consecuencias psíquicas, va acompañando de ilustrativas fotografías, y de un estu-

dio muy detallado de las lesiones analizadas, describiendo las lesiones que se han producido por sujeción, por maniobras defensivas del niño, por proyección y/o compresión (producidas al ser el menor empujado violentamente, cayendo sobre un plano duro, y aquellas otras producidas por golpe con un objeto contundente, contusiones múltiples, distribuidas por todo el cuerpo, torso anterior y posterior, y piernas), mereciendo mención especial una de ellas, compatible con las marcas que dejaría la puntera de un zapato que golpeará fuertemente, a modo de patadas, de modo, dice el informe, que todo «nos indica que estamos frente a un caso de palizas reiteradas al menor, y no ante un hecho aislado en la vida del niño», por lo que el menor David P. E. «presenta signos evidentes de sufrir una situación reiterada de malos tratos físicos y psíquicos».

Dicho informe se complementa, con el obrante al folio 299, en donde el propio equipo de médicos forenses, tras referirse a la

sanidad de las lesiones físicas, afirma, con respecto a las psíquicas, que cumple con los criterios diagnósticos del trastorno reactivo de la vinculación de la infancia o la niñez DSM IV-313.89, en su tipo inhibido (Código F 94.1), así como síntomas de estrés post-traumático, que se considera precisan de tratamiento psiquiátrico, ya que el trauma sufrido puede interferir en el desarrollo de la personalidad del niño, así como en el establecimiento de relaciones adecuadas en las interacciones sociales y emocionales básicas de éste.

La contundencia de los informes invocados, en todo coincidentes con el relato factual, que narra una situación de violencia reiterada frente al menor, llevan a la inequívoca desestimación del motivo.

El segundo motivo, por el cauce autorizado por pura infracción de ley, reprocha la calificación delictiva como delito de lesiones, del art. 147.1 del CP, en tanto, en tesis de los recurrentes, se ha producido una interpretación extensiva del tratamiento psicológico, no siendo por tanto médico o quirúrgico.

Por tratamiento médico debe entenderse, como reiteradamente ha declarado esta Sala, aquel sistema que se utiliza para curar una lesión o enfermedad, o para tratar de reducir sus consecuencias si aquélla no es curable. Existe ese tratamiento, desde el punto de vista penal, en toda actividad posterior tendente a la sanidad de las personas, si está prescrita por médico. Es indiferente que tal actividad posterior la realice el propio médico o la encomiende a auxiliares sanitarios, también cuando se imponga la misma al paciente, por la prescripción de fármacos o por la fijación de comportamientos a seguir (dietas, rehabilitación, etc.), aunque deben quedar al margen de lo que es tratamiento médico, el simple diagnóstico o la pura prevención médica.

El tratamiento psicológico no estará incluido en la mención legal, salvo que haya sido prescrito por un médico, psiquiatra o no, pues en esto la ley no distingue, y constituyen cuestiones organizativas, ajenas al

marco penal: la realidad nos muestra que son los propios facultativos los que derivan, en ocasiones, a los psicólogos la aplicación de la correspondiente terapia, en aquellos casos que éstos estén facultados para prestarla y sea más conveniente para el paciente, siempre que no se requiera la prescripción de medicamentos.

Esto es lo que ocurre en el caso de autos, a la vista del informe citado anteriormente, en que el médico forense, como facultativo apto para valorar las lesiones y secuelas consecuentes al delito, estima que considera preciso de tratamiento psiquiátrico, ya que el trauma sufrido puede interferir en el desarrollo de la personalidad del niño, así como en el establecimiento de relaciones adecuadas en las interacciones sociales y emocionales básicas de éste. Con base a ello, la Sala sentenciadora relató que el menor sufrió lesiones consistentes en múltiples hematomas en espalda, nalgas, caderas, torso, brazos y piernas, sufriendo también lesiones psíquicas al derivar de esa actuación un estrés posttraumático, no respondiendo el menor a estímulos, quedándose quieto, cabizbajo, con una actitud absolutamente recelosa frente a terceros, situación que requirió tratamiento prolongado de tipo psicológico y atenciones especiales en el centro en el que fue internado.

Con este factum no puede mantenerse la inexistencia de tratamiento médico, dada la gravedad de las lesiones padecidas, y el motivo, en consecuencia, se desestima.

El tercer motivo, por idéntico cauce casacional que el anterior, y con la propia incorrección ya señalada, que subsanaremos en esta instancia, denuncia la infracción del art. 153 del CP que describe y sanciona la violencia física habitual en el ámbito doméstico. Por la modificación operada por LO 14/1999 de 9 de junio, también se tipifica la violencia psíquica.

Antes de dar respuesta casacional al motivo, conviene realizar algunos apuntes jurisprudenciales sobre este delito, de nuevo cuño, siguiendo a la sentencia de esta Sala de fecha 22 de enero de 2002.

La sentencia de esta Sala núm. 927/2000 de 24 junio, realiza un detenido estudio de las características y funciones del art. 153 del CP, que penaliza la violencia doméstica cuya grave incidencia en la convivencia familiar es innegable. Su doctrina debe complementarse por otras resoluciones de esta Sala como las TS SS 645/1999 de 29 de abril, 834/2000 de 19 de mayo, 1161/2000, de 26 de junio, o 164/2001 de 5 de marzo.

Comienza la referida S 927/2000 de 24 de junio, recordando que el antecedente del actual art. 153, fue el art. 425 del CP de 1973 introducido por LO 3/1989 de 21 de junio, que sancionó la violencia física sobre el cónyuge o persona que estuviese unido por análoga relación de afectividad o sobre hijos sujetos a patria potestad, pupilo, menor o incapaz, descansando el tipo sobre la nota de la habitualidad.

La sentencia del TS de 17 de abril 1997 estimó que los elementos vertebradores del tipo penal de maltrato familiar habitual definido en el art. 425 del CP de 1973, eran los siguientes:

a) Que la acción suponga el ejercicio de violencia física.

b) Que, se ejerza habitualmente, con lo que a pesar de no integrar tales acciones, individualmente consideradas, más que una sucesión de faltas, si se producen de modo habitual se estaría ante un delito.

c) Que la acción violenta puede obedecer a cualquier fin y

d) Que tanto el sujeto activo como el pasivo deben ser cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad.

La LO 10/1995 de 23 de noviembre, en su art. 153 recogió el delito de maltrato familiar habitual del art. 425 del anterior CP con una nueva redacción, que mejoraba y corregía determinados defectos del precepto anterior:

a) Pasan a ser comprendidas en el tipo las violencias ejercidas contra los hijos por padres privados de la patria potestad, sobre los hijos del cónyuge o conviviente y sobre ascendientes.

b) Se introduce la exigencia de convivencia aunque limitada a los ascendientes, incapaces o hijos que no se hallan sometidos a la potestad, tutela cautelar o guarda de hecho del autor o de su pareja.

c) Se conserva la nota de que el sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una especial relación descrita en el tipo constituida por ser cónyuge o persona «ligada de forma estable por análoga relación de afectividad», dato que constituye la razón del tipo.

d) La otra nota que define el tipo la constituye la habitualidad, que aquí figura como elemento valorativo no afectado por la definición legal de habitualidad contenida en el art. 94 del CP, que desenvuelve su eficacia exclusiva respecto de la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad como se desprende tanto de la situación sistemática del art. 94 —dentro del Capítulo III del Título III «de las penas»—, como por la expresa remisión con que se inicia el artículo «... a los efectos previstos en las secciones 1.ª y 2.ª de este capítulo...», que se refiere a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y a la sustitución de las mismas.

La LO 14/1999 de 9 de junio, de modificación del CP en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con el propósito explicitado en su Exposición de Motivos de mejorar el tipo penal otorgando una mayor y mejor protección a las víctimas, introdujo diversas reformas tanto en el CP como en la LECrim. Por lo que se refiere al tipo del art. 153 estas reformas son:

a) En relación a la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia more uxorio al tiempo de producirse la agresión, ya que el

tipo penal anterior descansaba sobre una situación de presente. Ahora el tipo abarca a situaciones en las que la convivencia ya no existe, pero la agresión se produce en contemplación a aquélla.

b) Se amplía la acción típica, que inicialmente quedaba reducida a la violencia física y ahora se extiende también a la psíquica.

c) Se proporciona una definición legal de habitualidad que se vertebra alrededor de cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad de sujeto pasivo siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar y finalmente independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior. La habitualidad, término de clara raíz criminológica viene a constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece definido por la concurrencia de los elementos citados que deben ser tenidos en cuenta por el juez para alcanzar el juicio de certeza en cada caso sobre su concurrencia o no, por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la interpretación judicial individualizada.

Como conclusión de este resumen legislativo, puede afirmarse que el delito de maltrato familiar del art. 153 es un aliud y un plus distinto de los concretos actos de agresión, y lo es, precisamente, a partir de la vigencia del nuevo CP. En efecto, es preciso abordar el delito de maltrato familiar desde una perspectiva estrictamente constitucional; a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del CP relativo a las lesiones, el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad —art. 10—, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes —art. 15— y en el derecho a la seguridad —art. 17—, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la pro-

tección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos del art. 39.

Coherentemente con este enfoque, el delito que comentamos debe ser abordado como un problema social de primera magnitud, y no sólo como un mero problema que afecta a la intimidad de la pareja, y desde esta perspectiva es claro que la respuesta penal en cuanto represiva es necesaria pero a su vez debe estar complementada con políticas de prevención, de ayuda a las víctimas y también de resocialización de éstas y de los propios victimarios.

Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir el ámbito familiar en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar que la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.

Por ello, la violencia física o psíquica a que se refiere el tipo es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad, quedando afectados, fundamentales valores de la persona y dañado el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar.

Esta autonomía de bien jurídico, de acción y de sujetos pasivos, unido a la situación de habitualidad que se describe en el art. 153 es el que permite con claridad afirmar la sustantividad de este tipo penal; los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y por ello ni el anterior enjuiciamiento de estos actos impide apreciar la existencia de este delito —se estaría en un supuesto de concurso de delitos (art. 77) y no de normas—, ni se precisa tal enjuiciamiento, bastando la comprobada realidad de la situación que se denuncia como ha quedado reforzado en la reforma del tipo penal dada por la LO 14/1999 de 9 de junio, siendo al respecto irrelevante tanto las protestas de haber sido enjuiciadas ya autónomamente

como faltas las agresiones, o que por la falta de denuncia y del tiempo transcurrido aquéllas hayan quedado prescritas.

A esta doctrina sentada por la S 927/2000 de 24 de junio, debemos añadir lo expresado en la S 1161/2000, de 26 de junio, cuando destaca que esta norma penal (art. 153 del CP 1995), ha sido creada con la finalidad de proteger a las personas físicamente más débiles frente a las agresiones de los miembros más fuertes de la familia; en definitiva, se trata de proteger la dignidad de la persona humana en el seno de la familia y, concretamente, su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno.

Y asimismo lo expresado por la S 164/2001, de 5 de marzo, que declara que siendo un elemento objetivo del tipo previsto en el art. 153 CP 1995, que la violencia física se ejerza, entre otros posibles sujetos pasivos, sobre el cónyuge o los hijos, es claro que esta relación parental no puede servir al mismo tiempo, sin mengua del principio *ne bis in idem*, para integrar el tipo y para constituir una circunstancia que agrave la responsabilidad, a lo que se opone, por lo demás, el mandato del art. 67 CP.

De la doctrina jurisprudencial expuesta, queda plenamente constatado que no impide la aplicación del tipo la prescripción de algún hecho delictivo, con tal que su estimación pueda considerarse en el contexto de un ámbito temporal de proximidad, y que la habitualidad surge a partir de tres hechos o acontecimientos de tal clase, que denotan el comportamiento intolerable del agresor, en un marco de violencia doméstica, con clara afectación del bien jurídico protegido.

Aplicando las consideraciones anteriores al caso sometido a nuestra atención casacional, se describe en el relato factual de la sentencia de instancia que ambos acusados, José Antonio y María Tomasa, no prestaban la atención debida a sus hijos, los que se encontraban faltos de cuidado. Que José Antonio infligió las contundentes y despiadadas lesiones al menor David, de cuatro años de edad, de una forma que podemos calificar como espeluznante, y que basta con ver las

fotografías unidas a los autos para su justificar los adjetivos. Que dichas lesiones tuvieron lugar en el ámbito doméstico y que previamente el acusado José Antonio había sido condenado en juicio por delito de lesiones a su esposa y a sus hijos, en juicio de faltas, ambos descritos en el *factum*.

Con respecto a José Antonio, se cumplen todos los requisitos, pero no con relación a la acusada recurrente María Tomasa, madre del menor, en tanto que no se ha descrito en la relación de hechos probados la habitualidad que se exige como elemento del tipo, sino exclusivamente los acontecimientos que son calificados como constitutivos de un solo delito de lesiones (a pesar de que pudo tomarse en cuenta en la petición fiscal la pluralidad delictiva, a título concursal, pero no se hizo así), castigándose en concepto de autor, en el caso de José Antonio, y de cómplice, en el supuesto de María Tomasa. No hay, pues, referencia al requisito de habitualidad en el comportamiento de ella respecto de sus hijos, ya que no hay más que un solo delito, por lo que el motivo se estima a favor de María Tomasa, debiéndose dictar en consecuencia segunda de violencia doméstica habitual.

El cuarto motivo, exclusivamente de José Antonio, denuncia, por infracción de ley, la concreta sentencia, absolviéndola del delito individualización penológica que ha impuesto la Sala sentenciadora.

Dicha Sala tuvo en consideración, como elementos integrantes de su decisión, la corta edad del menor, la brutalidad de su comportamiento y la reiteración delictiva, siendo razones sobradas para atender a los criterios exigidos por la regla primera del art. 66 del CP, por lo que se desestima el motivo.

El motivo quinto de María Tomasa, en cuanto denuncia la infracción del delito de violencia doméstica, ya se encuentra estimado con anterioridad, y con relación a las lesiones, su posición de garante es incuestionable, habiendo sido sancionados los hechos a título de complicidad y no de autoría, y resta por examinar el cuarto, que formalizado por la vía autorizada por el art.

849.1.^º de la LECrim., denuncia la inaplicación de la eximente completa o incompleta de anomalías psíquicas, al padecer una minusvalía declarada administrativamente en un 65 por 100. Ahora bien, siendo de obligado respeto los hechos probados, dada la vía elegida por la recurrente, en el relato factual se describe su discapacidad como de retraso mental moderado, y en la fundamentación jurídica se expone que, pese a ser citada hasta en tres ocasiones para la práctica de una pericial médica a fin de determinar su minusvalía psíquica, no com-

pareció la acusada, no habiendo invocado oportunamente su defensa la cuestión que ahora plantea, por lo que el motivo tiene que ser desestimado, sin perjuicio de que la Sala sentenciadora ya tuvo en consideración dicha minusvalía psíquica para individualizar penológicamente su dosificación punitiva, que se cifró en un año de prisión por el delito de lesiones, único por el que será condenada, lo que permitirá, como dice dicha Sala sentenciadora, la suspensión de la pena en ejecución de sentencia.

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

1. *Fijación de una pensión del art. 41 del Codi de Família a favor de la esposa, siendo indiferente que el trabajo doméstico haya sido mayor o menor, a tiempo completo o a tiempo parcial, ya que ello redundará en la cuantía de la misma, pero no en su concesión. No existe argumento que permita sostener que su contribución al matrimonio haya de ser extraordinaria o excepcionalmente gravosa para tener derecho a ser compensada por el otro cuando en la crisis matrimonial se produce un desequilibrio económico.*

TSJ CATALUÑA, Sentencia de 14 de abril de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. Guillermo Vidal Andreu.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Juana formuló demanda de separación conyugal contra D. Donato.
- El Juzgado de 1.^a Instancia n.º 1 de Hospitalet de Llobregat dictó sentencia el 5 de febrero de 2001, estimando parcialmente la demanda, acordando la separación y fijando entre otras las siguientes medidas: En concepto de pensión compensatoria D. Donato abonará a D.^a Juana la cantidad de cuarenta mil (40.000) pesetas mensuales, por meses anticipados, en doce mensualidades al año y dentro de los cinco primeros días de cada mes. Dicha cantidad será actualizada con efectos de primero de enero de cada año de acuerdo con la variación experimentada por el índice general de precios de consumo establecido por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que los sustituya.
- En grado de apelación, la Sec. 18.º de la AP de Barcelona, dictó sentencia el 31 de julio de 2002 estimando en parte el recurso interpuesto por D. Donato

en el sentido de mantener la cuantía de la pensión compensatoria fijada en la sentencia impugnada a favor de la esposa y a cargo del marido, si bien se establece una limitación temporal de percepción de la misma, por un período de tres años, a computar desde la fecha de la resolución apelada.

- D.^a Juana interpuso recuso de casación que fue estimado por el TSJ de Cataluña que estableció a favor de la mujer una pensión del art. 41 del Codi de Família de 42070,85 euros.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La sentencia deniega la compensación económica a D.^a Juana en base a una serie de consideraciones que deben ser reproducidas. Dice así la parte que interesa del Fundamento de Derecho Cuarto de la sentencia: “...no consta en las actuaciones que la esposa haya contribuido de forma excepcionalmente gravosa a las tareas del hogar, más allá de lo que se entiende que es una contribución ordinaria (el art. 5 del Codi de Família, literalmente distingue entre la aportación propia al trabajo doméstico y la colaboración personal o profesional no retribuida o con retribución insuficiente en la actividad profesional o empresarial del otro). El art. 41 del Codi de Família —cual antes se ha apuntado— toma por base la existencia de un cónyuge que haya trabajado para la casa o para el otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente (lo que en concordancia con los términos del art. 5 del Codi excluye el simple trabajo doméstico, y así viene entendiéndolo esta Sala, en sentencias de 20 de diciembre de 1999, 1 y 2 de marzo y 27 de diciembre de 2000 y 22 de marzo de 2001, entre otras), extensible a lo sumo a aquellas contribuciones en las tareas domésticas que excedieran de la ordinaria, como defienden algunos autores y esta Sección también admite, de forma que se haya generado un desequilibrio patrimonial al final del matrimonio, que sea como consecuencia de un enriquecimiento injusto (el cual, obviamente, no se da en el supuesto aquí enjuiciado)”. Termina la argumentación afirmando que la inmensa mayoría de los bienes ad-

quiridos constante matrimonio pertenecen en común y proindiviso a ambos cónyuges, que no hay enriquecimiento porque los bienes adquiridos por el cónyuge con mayores ingresos revierten en utilidad de ambos y que el hecho de que el marido haya desviado hacia su patrimonio fuertes sumas de dinero es cuestión ajena a la normativa que regula la petición de compensación económica, debiendo ventilarse en juicio ordinario las relaciones crediticias entre cónyuges.

La argumentación entera es insostenible. Ya en la sentencia de 27 de abril de 2000 declarábamos: “Poco importa, pues, a los efectos de la presencia de un verdadero desequilibrio económico resultante de la división patrimonial, que el trabajo doméstico haya sido mayor o menor, a tiempo completo o a tiempo parcial. Tales circunstancias, es obvio, tendrán su resultancia en la cuantificación de la pensión, pero nunca pueden tenerla en la declaración de existencia del desequilibrio injustificado, si éste efectivamente se da”. La declaración se ha repetido más recientemente en sentencias de 10 de febrero y 26 de marzo de 2003. Y ello, no es más que la consecuencia de la esencia misma de esta compensación. Como se ponía de manifiesto en nuestra sentencia de 31 de octubre de 1998, “con motivo de la reciente discusión de leyes catalanas que afectan al régimen económico matrimonial, si bien un sector defendió a ultranza lo que se considera discutiblemente tradición jurídica catalana, otros autores, que unen a sus

conocimientos históricos los que les proporciona el ejercicio profesional sobre la realidad cotidiana, han puesto de relieve que el régimen de separación proporciona una teórica igualdad jurídica a ambos cónyuges pero en la práctica suele perjudicar económicamente a la mujer, especialmente en los supuestos de ruptura matrimonial”. En la sentencia se recordaba la Resolución del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 27 de septiembre de 1978 en orden a arbitrar e introducir en las legislaciones de los Estados Miembros mecanismos de corrección en los regímenes legales matrimoniales para evitar posibles situaciones de desigualdad a la hora de su extinción. Y, finalmente, declaraba que el anterior art. 23 de la Compilació de Dret Civil de Catalunya (redacción de la Llei 8/1993, de 30 de septiembre), antecedente inmediato del 41 del Codi de Família, “compensa desequilibrios pasados, corrige una situación de desigualdad patrimonial generada durante el matrimonio por mor de la dedicación de uno de los cónyuges a la casa o al trabajo del otro cónyuge sin retribución o con retribución insuficiente”. No existe, pues, el más mínimo dato argumental que permita sostener, en contra del cónyuge menos favorecido (y, generalmente, la mujer), que su contribución al matrimonio haya de ser extraordinaria o excepcionalmente gravosa para tener derecho a ser compensado por el otro cuando en la crisis matrimonial se produce un desequilibrio económico, como sostiene la Audiencia. La relación entre el art. 41 y el 5.1, ambos del Codi, es artificial y sólo se sostiene por la literalidad de sus términos. La contribución a las cargas constante matrimonio y la equiparación económica en el momento de la crisis, obedecen a principios y finalidades distintas. La primera es propia del régimen de separación de bienes (significativamente, véase art. 1438 del Código civil), la segunda es un correctivo del régimen, a aplicar en el momento de su disolución.

Sentado lo anterior, resulta obligado revisar las bases que han conducido, junto a las consideraciones precedentes, a denegar la pensión compensatoria a la ahora recurrente. La sentencia recurrida afirma, como se ha dicho, que existe un capital común de los cónyuges, que los ingresos del marido han revertido en utilidad de ambos y que el desvío de fondos comunes por parte del marido debe ser examinado en otra clase de juicio. La sentencia, en este apartado, no tiene en cuenta lo que ha expuesto con anterioridad (Fundamento de Derecho Segundo), a saber: que D. Donato percibió, en razón de despido, 6.756.072 pesetas; que tiene unos ingresos anuales superiores a los 6.000.000 de pesetas; que confiesa tener invertidos en Bolsa unos 15.000.000 de pesetas; que posee una Libreta a Plazo con unos 11.000.000 de pesetas; que tiene inversiones en Foncaixa y Argentaria y otros campos de negocio propios de telecomunicación y nuevas tecnologías, además de fondos en Planes de pensiones, cuenta vivienda y seguros de vida en Caixa de Catalunya; y que, finalmente, confiesa en juicio que “es cierto que hace cuatro años cambió el dinero o parte del dinero que estaba a nombre de su esposa y del confesante para ponerlo bajo su única titularidad, dado que ya las cosas del matrimonio no iban bien, con la intención de salvar ese dinero para poder hacer frente a la educación de sus hijas tanto en el colegio privado al que ahora van y el día de mañana a la universidad” (aspecto éste último que habría tenido que merecer la consideración de la sentencia, pues al atribuir al marido la pensión alimenticia de las hijas, en realidad, dicho pago se hace ahora con dinero común). Frente a este patrimonio probado del marido nada dice la sentencia del de la esposa. Se incumple, por tanto, lo que ya exigía nuestra sentencia de 27 de abril de 2000: “La Audiencia debió determinar, en primer lugar, si existió una desigualdad económica a la hora de formar las masas patrimoniales como consecuencia de la disolución del matrimonio; en segundo lu-

gar, si constata esa desigualdad, ésta se hallaba justificada”. Nada de esto se ha hecho. Y así, hay que buscar los hechos probados y no contradichos de la sentencia de primera instancia para constatar que, frente al anterior patrimonio, D.^a Juana percibió una indemnización por despido de 1.175.000 de pesetas; que es titular de una cuenta en Caixa de Catalunya con 415.918 pesetas; de dos fondos de inversión que, a fecha 1 de junio de 2000, se valoraban en 4.848,67 euros el primero y 17.945,06 el segundo; que percibió en fecha 28 de diciembre de 2000, 2.534.355 pesetas procedentes de un seguro; y, finalmente, que desde el año 2000 presta servicios en una Parada del Mercado de Santa Eulalia, durante dos días por semana, percibiendo 4.000 pesetas diarias. A todo ello hay que unir que la Sra. Juana se dedicó durante dieciséis años al cuidado del hogar y de las dos hijas fruto del matrimonio. No existe, en consecuencia, razón alguna que justifique el desequilibrio patrimonial que se ha hecho evidente y en razón a ello debe compensarse

económicamente a la recurrente, revocando así la sentencia de instancia. En orden a cuantificar esa compensación, la Sala no tiene sino que atenerse a los términos que también se dejaron sentados en la repetida sentencia de 27 de abril de 2000 (“Entendemos que el restablecimiento del equilibrio patrimonial debe quedar al arbitrio del Juez o Tribunal al tenor de las pruebas practicadas en los autos, huyendo, pues, de fórmulas generalistas que, si aceptables en el marco académico, sólo servirían para encorsetar soluciones. Y claro es, siempre respetando el mandato legal contenido, en este caso, en el art. 23 de la repetida Llei de 1993 que se ha dejado transcrito, esto es, atendiendo a la incidencia familiar de la actividad del cónyuge que la reclama, la cuantía de la desigualdad patrimonial producida y otras circunstancias del caso”) y, en el evento enjuiciado, atendido el desnivel patrimonial y el tiempo de dedicación de la esposa al hogar, se cifra en 42.070,85 euros.

2. *Nulidad de la escritura de compraventa y declaración de obra nueva otorgada por dos convivientes cuando uno solo de ellos había aportado el dinero, si bien se declara la existencia y validez de un contrato de donación.*

TSJ CATALUÑA, Sentencia de 22 de mayo de 2003.

Ponente: Excmo. Sr. D. Guillermo Vidal I Andreu.

ANÁLISIS DEL CASO

- D.^a Penélope interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra D. Eloy solicitando la declaración de nulidad del contrato de compraventa celebrado el día 29 de marzo de 1988, en escritura pública núm. de protocolo 516 de la Notario de Barcelona D.^a Berta García Prieto, otorgado entre D.^a Penélope y D. Eloy, sobre la venta de la mitad indivisa de la finca

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 44 de Barcelona dictó sentencia con fecha 18 de mayo de 2000 estimando la demanda y declarando nulo el contrato de compraventa celebrado el día 29 de marzo de 1988, en escritura pública núm. de protocolo 516 de la Notario de Barcelona D.^a Berta García Prieto, otorgado entre D.^a Penélope y D. Eloy, sobre la venta de la mitad indivisa del inmueble sito en ..., declarándose asimismo la nulidad de la escritura pública de igual fecha con núm. de protocolo 517 referente a la declaración de obra nueva en su parte correspondiente, acordándose la cancelación del asiento registral que dicho contrato produjo en el Registro de la Propiedad. Con imposición de costas a la parte demandada.
- En grado de apelación, la Sec. 11.^a de la AP de Barcelona dictó sentencia el 19 de julio de 2002 desestimando el recurso interpuesto por D. Eloy.
- D. Eloy interpuso recurso de casación ante el TSJ de Cataluña que fue estimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

En la demanda, D.^a Penélope aduce que el precio real (de 6.000.000 de pesetas) de la compraventa fue íntegramente pagado por ella, con dinero propio, así como que también abonó la total construcción de la vivienda unifamiliar, y que si en aquel momento se hizo constar la común compra del solar y la construcción de la edificación fue porque convivía maritalmente con el demandado teniendo un hijo común.

El demandado y recurrente se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que la compra del solar y la construcción de la vivienda habían sido sufragados con efectivo de ambos convivientes —convivencia que duró catorce años— y que, en cualquier caso, nos encontraríamos ante un evento de simulación relativa al encubrirse un verdadero contrato de donación, dada la pacífica convivencia que en aquellos momentos sostenía con la actora y la existencia de un hijo fruto de aquélla; alegó también que, en realidad, la actora estaba ejercitando una *actio doli*, que habría prescrito por aplicación de lo dispuesto en el art. 1301 del Código civil.

Se aduce como primer motivo de recurso la infracción del art. 1277 del Código civil y

se dice en su desarrollo que la sentencia combatida no ha tenido en cuenta que la causa en los contratos se presume siempre, habiéndose invertido la carga de la prueba. El motivo debe ser desestimado. El art. 1277 del CC establece una presunción *iuris tantum* de existencia y licitud de la causa en los negocios; como tal presunción *iuris tantum* admite prueba en contrario, tanto de la existencia como de la licitud (ver, por todas, sentencias de nuestro Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1997, 20 de marzo y 28 de septiembre de 1998 y 31 de mayo de 1999). La sentencia recurrida no hace aplicación del artículo anterior y expresa: “En los supuestos de compraventa en que no conste la entrega real del precio al vendedor, tratándose de precio meramente confesado, tal manifestación del vendedor no se halla amparada por la fe pública notarial, correspondiendo, en estos casos, a los demandados la prueba de la existencia del precio (SSTS 15-11-93 y 16-3-94)”. Lo único, pues, que realiza la Audiencia es atribuir al demandado la prueba del precio entregado, prueba de un hecho positivo que se encontraba a su alcance. La Audiencia concluye —como así había hecho

también la Magistrada de instancia— que no existe en las actuaciones prueba alguna que apoye las manifestaciones del apelante. En definitiva, frente a la presunción de existencia y licitud de la causa en la compraventa —entrega del precio— la demandante alega que nada recibió del demandado —hecho negativo— y que el mismo no se hallaba en condiciones económicas aptas para sufragar el gasto. El demandado, que tenía en su dominio las posibilidades de prueba del hecho positivo —entrega del precio—, nada probó, limitándose a manifestar que no le salían las cuentas a la actora. Como ha dicho y reiterado el Tribunal Supremo los hechos positivos para la parte contraria proyectan sobre ésta la carga de la prueba (sentencias, entre muchas, de 3 de junio y 5 de noviembre de 1993 y 12 de diciembre de 1994). No se trata, en consecuencia, de la infracción de una presunción legal sino de la aplicación de un principio probatorio y una valoración de la prueba practicada, misión que exclusivamente corresponde al Tribunal de instancia, a menos, como veremos luego, que la misma se presente como arbitraria, ilógica o irrazonable.

En otro motivo se denuncia la infracción del art. 1281, párrafo primero, del CC. Dicho precepto, como es conocido, encierra una norma hermenéutica que consagra la primacía de la interpretación literal cuando los términos de un contrato son claros y explícitos de la intención de los contratantes. Caso contrario, dice el segundo párrafo del art. 1281, prevalecerá la intención de los contratantes sobre el sentido literal de las cláusulas del negocio. La sentencia combatida no conculca dicho precepto y el recurso realiza una interpretación parcial y sesgada de la misma, haciendo supuesto de la cuestión, lo cual le está vedado según constante y reiterada doctrina jurisprudencial. La sentencia, cual se ha dicho, valora, compara y pondera la prueba practicada a instancia de las dos partes contendientes y obtiene la conclusión de que la practicada por la actora demuestra claramente que el demandado nada pagó como

precio de la compraventa ni nada abonó en la construcción de la edificación que como obra nueva se inscribe. La Audiencia llega a la evidencia, tras el análisis de aquellas pruebas, de que el contrato de compraventa no existió, pues, como tal, haciendo prevalecer la verdadera intención de los contratantes sobre lo que literalmente dicen los instrumentos públicos que contienen las declaraciones de los contratantes. La Audiencia, en consecuencia, cumple con el mandato del precepto y la denuncia de su infracción conduciría al absurdo jurídico de negar la prueba de contrario cuando los términos del contrato aparecen claramente enunciados. El motivo, en fin, debe ser desestimado.

También entiende el recurrente que se ha infringido el art. 1218 del CC, en relación con el 1277 y la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que cita. Tampoco este motivo puede prosperar. Se parte, en el desarrollo del motivo, de la prescripción contenida en el párrafo segundo del art. 1.218 en orden a que los documentos públicos hacen prueba contra los contratantes de las declaraciones de los mismos. Desconoce u olvida la parte recurrente que contra este principio de prueba cabe siempre la evidencia contraria y así lo tiene reiteradamente dicho el Tribunal Supremo en sentencias de 30 de julio de 1993, 6 de mayo de 1994, 30 de noviembre de 1995, entra otras muchas. Y es más, ni siquiera la prueba documental es de rango superior a otras, sino que debe valorarse el conjunto probatorio (sentencias de 8 de febrero de 1995, 17 de marzo y 4 de septiembre de 1997, etc.). Este conjunto probatorio ha sido analizado y ponderado por la Audiencia y —aquí debe repetirse— la denuncia de la infracción del art. 1218 por la vía utilizada conduciría al absurdo de negar eficacia a toda prueba contraria al contenido de un instrumento público.

El siguiente motivo de recurso invoca la infracción de la doctrina de los actos propios y, en concreto, de la doctrina contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1997 y 30 de enero de 1999.

Imputa a este motivo la parte recurrida la no invocación de precepto sustantivo que lo fundamente, con infracción —se dice— de lo dispuesto en el numeral 1.º del art. 477 de la LEC. Toda la doctrina jurisprudencial que se conoce ha apoyado la vigencia del principio que veda el venire contra “factum” proprium en el art. 7 del CC, de modo que, en este sentido, no hay dificultad en integrar el contenido del motivo de recurso, sin producir indefensión a la parte contraria. Y, efectivamente, este principio se ha visto aplicado en las sentencias que cita la parte recurrente, como también lo ha sido en sentencias más modernas, así las de 28 de enero 8 y 9 de mayo de 2000 y, singularmente, como resumen de la doctrina del Tribunal Supremo, en la de 21 de mayo de 2001 que se expresa así: “Esta Sala tiene declarado que para la aplicación de la doctrina de los actos propios es preciso que los hechos tengan una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada (SSTS de 6 de abril y 4 de julio de 1962); y como ha señalado la STS de 28 de enero de 2000 “el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos (“nemo potest contra proprium actum venire”), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7.1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca, del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior, y esta doctrina (recogida en numerosas SSTS, como las de 27 de enero y 24 de junio de 1996, 19 de mayo y 23 de julio de 1998, 30

de enero, 3 de febrero, 30 de marzo y 9 de julio de 1999) no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo e inconcreto (SSTS de 23 de julio de 1997 y 9 de julio de 1999), o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico”.

Por demás, la construcción jurisprudencial respecto a los requisitos para que los actos propios vengan a ser vinculantes exige que los mismos como expresión del consentimiento han de realizarse con el fin de crear, modificar, obrar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo unilateralmente la situación jurídica del mismo y para que tengan naturaleza de sujeción han de ser concluyentes y definitivos (SSTS 16 de febrero de 1988, 25 de enero de 1989, 6 de noviembre de 1990, 14 de mayo de 1991 y 27 de junio de 1991, con lo que viene a ser del todo necesario que el acto se presente como solemne, preciso, claro, determinante y perfectamente delimitado, no ambiguo ni inconcreto (SSTS de 22 de septiembre y 10 de octubre de 1988 y 4 de junio de 1992”).

Es evidente que todos estos elementos se dan en el evento enjuiciado. Se trata, sí, de un acto solemne en que las partes, clara y explícitamente, muestran su voluntad concluyente de alterar o modificar una situación jurídica. Pero precisamente lo que aquí se discute es la conformidad de la voluntad declarada con la verdadera intención de los contratantes, esto es, si lo manifestado coincide con lo querido. Nuevamente, pues, se hace supuesto de la cuestión y se dice: si los contratantes declararon lo que declararon han de estar y pasar por ello. Y esto es así, efectivamente, a menos que se demuestre que lo declarado no coincide con lo deseado. Actuar de otro modo y elevar el principio del acto propio a la categoría de valor inamovible sería tanto como negar toda virtualidad a la acción de simulación y todo valor también al acto disimulado, en contra de la constante doctrina del Tribunal Supremo.

El octavo motivo de recurso se basa en la infracción de doctrina jurisprudencial y, en concreto, de las sentencias de esta Sala de 16 de julio de 1992, 7 de diciembre del mismo año, 12 de noviembre y 15 de diciembre de 1994 y las del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1989 y 1 de febrero y 18 de marzo de 2002. Se dice en el desarrollo del recurso que la jurisprudencia indicada proclama “la improcedencia de declarar la nulidad absoluta del negocio y de negar toda validez y efecto al mismo y, por el contrario, la necesidad de mantener el negocio subyacente, bien al apreciar la existencia de un negocio mixtum cum donationem, bien al proclamar la existencia de una donación, en ambos casos por razón de ánimo de liberalidad presumible en tales situaciones, con la única limitación de no perjudicar derechos de terceros, pues es claro que nadie otorga unas escrituras por el mero hecho de otorgarlas y sin ninguna finalidad”.

Aduce el recurrente en apoyo de su tesis que las escrituras cuya nulidad absoluta ahora se pretende deben valer, en cualquier caso, como donación, pues en el momento en que se otorgaron existía una mutua y pacífica convivencia, more uxorio, con descendencia común, que incluso había propiciado el otorgamiento por parte del mismo de un testamento —único por ahora— en el que nombraba heredera universal a la actora con sustitución vulgar a favor del hijo común y de las dos hijas de aquélla por terceras e iguales partes. La parte recurrida se opone a la estimación —y admisión en su día— del motivo aducido, invocando el art. 477.1 de la LEC, según el cual “el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso” y el recurrente no cita ninguna norma sustantiva que apoye el recurso. Procede, sin embargo, el análisis del motivo.

De una parte, el recurso de casación es admisible, como se sabe, cuando presenta interés casacional y éste se da cuando la sentencia recurrida se opone a doctrina jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia

(art. 477.3, último párrafo); de otra, el motivo es susceptible de integración sin esfuerzo y sin indefensión de la parte contraria, en la medida en que toda acción de simulación se basa en el art. 1276 del Código civil y la validez del contrato disimulado surge también del mismo precepto en cuanto permite develar la existencia de una causa verdadera y lícita distinta de la expresada en el contrato. Y el motivo debe ser estimado.

La materia, efectivamente, ha sido tratada abundantemente por esta Sala y son ejemplos de ello las sentencias citadas por la parte recurrente, como las más modernas de 6 de febrero de 1995 (que compendia la doctrina jurisprudencial habida hasta el momento), 29 de julio de 1996 y 4 de mayo y 18 de junio de 1998. En definitiva, esta Sala no ha hecho sino acoger la tesis jurisprudencial según la cual debe indagarse cuál fue la verdadera intención de los contratantes cuando uno de ellos alega que la voluntad reflejada en el contrato no se corresponde con la realidad y que donde se dice celebrar un contrato de compraventa en verdad se celebró una donación.

Esta tesis encuentra reflejo en numerosas sentencias de nuestro Tribunal Supremo de las que son puros ejemplos las de fechas 25 de mayo de 1944, 20 de enero de 1950, 16 de noviembre de 1956, 26 de junio de 1961, 20 de octubre de 1966, 28 de febrero de 1978, 19 de noviembre de 1987, 3 de diciembre de 1988, 22 de enero de 1991 y 13 de diciembre de 1993, etc. Lo único exigible es que se dé una cumplida prueba de los hechos y que se cubran los requisitos formales de la donación —en este caso, de inmuebles— esto es, la escritura pública, el animus donandi y la aceptación del donatario.

En el evento presente, ni la sentencia de primera instancia ni la que es ahora objeto de recurso analizan el contexto en que el negocio jurídico se produjo, limitándose la primera a afirmar que “la doctrina jurisprudencial viene estableciendo (STS de 24.6.88, 2.12.88, 27.12.89 y 1.10.91, entre otras) que una donación disfrazada bajo la apariencia de compraventa es nula, aun constando ésta

en documento público, por carecer del requisito de forma exigido en el art. 633 del CC, entendiéndose que el contenido, el consentimiento y la causa manifestados ante el Notario, y autorizados por éste, estaban dirigidos a un contrato oneroso y no podían servir para llenar las exigencias formales de un acto de liberalidad”, tesis que choca con la sentencia de 23 de septiembre de 1989 (con igual doctrina de las de 9 de mayo de 1988 y 22 de enero de 1991) que expresa: “yerra el recurrente al estimar que la exigencia de escritura pública de donación no se cumple aplicando lo que el Notario autorizó como contrato de compraventa, puesto que en verdad el Notario estaba autorizando un contrato de donación”; mientras que la segunda sentencia argumenta que: “Para la validez de la donación es preciso que aparezca sin duda el animus donandi en el transmitente. En el presente caso, de los actos previos al contrato, coetáneos y posteriores, es claro que los litigantes otorgaron un verdadero contrato de compraventa sin causa —precio—, pues su voluntad fue clara al celebrar el contrato y nada vetaba el otorgamiento de una donación como acto de liberalidad entre las partes unidas por el afecto y la convivencia”; es decir, la Audiencia, olvidando toda regla de lógica y en interpretación absolutamente alejada de la realidad, viene a sostener que los convivientes acudieron al Notario a celebrar un contrato porque sí, es decir, sin causa alguna y sin valor jurídico alguno.

Una valoración más cuidadosa de la prueba demuestra, por el contrario, que: en el año 1985, la demandante, D.^a Penélope, que gozaba por aquel entonces de una cómoda posición económica, tras enviudar de su marido en mayo de 1984, pasó a convivir maritalmente con el demandado D. Eloy, médico de profesión, (hechos aducidos por la propia actora); a principios de 1986 nació un hijo común, Jorge, según documento aportado por la actora; ésta tenía ya dos hijas, habidas de su matrimonio, como convienen ambas partes; la convivencia de los litigantes duró quince años (hecho aportado por el deman-

dado y no negado), sin que llegaran a contraer matrimonio; la finca, sita en Cadaqués, fue adquirida por la demandante en 1986 y sobre la misma se construyó una casa unifamiliar aislada; las escrituras cuya nulidad se postula fueron otorgadas el 29 de marzo de 1988 y en la primera de ellas se vendía por la actora al demandado la mitad indivisa de la misma.

Estos hechos expresamente probados, una convivencia more uxorio que duró hasta 1999 y la acción de nulidad postulada cuando la convivencia cesa, hubiera debido de modular la exégesis de la Audiencia. La actora funda su acción en un único razonamiento: “El aquí demandado, mediante el empleo de la argucia convenció a mi mandante para que otorgara la escritura de compraventa de la mitad indivisa (documento acompañado de núm. 2) con la excusa de que si a ella le sucedía algo fatal, el hijo de ambos quedaría desprotegido frente a sus dos hermanas (fruto del anterior matrimonio de mi poderdante). Mi mandante y el demandado no estaban casados y finalmente nunca han llegado a contraer matrimonio”.

Una interpretación lógica de los hechos anteriores conduce a contrario criterio. La común convivencia, el afecto mutuo y la existencia de un hijo son hechos relevantes a la hora de presumir la puesta en común de la adquisición de una segunda vivienda y, por tanto, de la donación al conviviente y padre del hijo, de la mitad de aquel inmueble. Que tal donación se encubriera bajo la apariencia de un contrato de compraventa aparece entonces lógico si se conecta con una futura integración de la masa hereditaria. Con ello queda cumplido el requisito de la prueba del animus donandi y, por supuesto, se da también el instrumento formal de la escritura pública, quedando tan sólo la expresión implícita de la aceptación del donatario. Como se decía en la citada sentencia de 6 de febrero de 1995, tras analizar las dos posturas jurisprudenciales en torno a los requisitos exigidos para declarar la existencia y validez del negocio disimulado (la rigida, de exigir la

expresión de la aceptación del donatario en la escritura y la flexible, de suponerla cuando se da el consenso de voluntades respecto del negocio simulado, único que se explicita en el documento público): “Este Tribunal Superior se inclina por la solución más flexible y menos formalista, que goza de un importante apoyo doctrinal y acogió en S. 16 de julio de 1992”. En esa línea, se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1978, según la cual: “cuando una donación se disimula bajo la apariencia de una compraventa, la intervención de los fingidos compradores, pero reales donatarios, en la escritura correspondiente, supone la acepta-

ción de este acto de liberalidad, sin que pueda exigirse, como es lógico, la expresión de que se acepta el contrato encubierto, que, precisamente, tratan de ocultar los contratantes, y que quedaría al descubierto si se hiciera constar la conformidad con la realidad jurídica”.

Definitivamente, pues, debe estimarse la existencia y validez de un negocio disimulado de donación en la escritura de compraventa cuya nulidad absoluta se pretende y con ello el presente recurso, sin necesidad de entrar a examinar los restantes motivos aducidos por el recurrente.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

1. *Desestimación de la demanda de divorcio al haberse acreditado la reconciliación entre los cónyuges después de la sentencia de separación no siendo obstáculo para ello que dicha reconciliación no se pusiera en conocimiento de los tribunales.*

AP CÓRDOBA, Sec. 3.^a, Sentencia de 7 de julio de 2003.

Ponente Ilmo. Sr. Don Felipe L. Moreno Gómez.

El nudo gordiano del presente litigio radica en determinar, si tras el procedimiento de separación por mutuo acuerdo que concluyó por sentencia de 10 de febrero de 1983, ambos cónyuges superaron la situación de quiebra matrimonial, recuperaron el afecto marital y han vivido como marido y mujer, pese a la citada sentencia de separación, desde escasos meses después de la citada fecha y hasta la presentación de la demanda de divorcio.

La respuesta que a dicha cuestión se alcanza en la sentencia impugnada es negativa y ello por el entendimiento que el Juzga-

dor de la primera instancia hace del párrafo primero del art. 84 del CC., a cuyo tenor, la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto; pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entiende o haya entendido en el litigio. Es decir, como en el caso de autos no existió comunicación alguna al Tribunal relativa a la reanudación de la convivencia, dicho Juzgador entiende que esa convivencia posterior a la sentencia de separación no puede tener trascendencia jurídica interruptiva del transcurso del plazo necesario para

integrar una causa de disolución del matrimonio por divorcio, puesto que en ningún momento la reconciliación puso fin a lo acordado en la sentencia de separación conforme a lo previsto en el art. 84 del CC.

Dicha respuesta que, en suma, parte de la base de considerar que el instituto jurídico de la reconciliación exige como requisito formal y esencial su comunicación al Juzgado, es combatida por la parte apelante, quien tras recordar que con posterioridad a la sentencia de separación ambos cónyuges pasaron a vivir juntos e incluso tuvieron otros dos hijos (Raúl, nacido el 20 de febrero de 1984; y Remedios, nacida el 28 de abril de 1994) afirma que es claro que los cónyuges quisieron reactivar su matrimonio en plenitud; razón por la cual, y como motivo principal de su recurso, se opone a la estimación que de la demanda de divorcio se hace en la sentencia apelada.

Planteada así la cuestión principal (pues de la misma dependen las cuestiones subsidiariamente planteadas para el caso de admitirse la existencia de la causa de divorcio invocada en la demanda), este Tribunal, una vez visto el contenido de las alegaciones efectuadas por ambas partes y revisado el resultado de la prueba practicada, considera que procede estimar el presente recurso de apelación.

En efecto, si bien es cierto, tal y como se apunta en la sentencia impugnada, que la no comunicación al Juzgado de la reconciliación posterior a la sentencia de separación constituye un indicio para dudar de la realidad de la propia reconciliación, no por ello dicha omisión de las partes impide tenerla por existente cuando existen otros actos posteriores que materialmente revelan la existencia de la reconciliación misma. Así se expresa la S.A.P. de Asturias de 21 de abril de 1999, y S.A.P. de Córdoba de 10 de mayo de 2002.

El requisito de la notificación no es, por tanto, esencial para que la reconciliación

efectivamente habida produzca efectos entre los cónyuges (distinto sería el caso de que dicha reconciliación extraoficial, en cuanto no tuviese acceso al Registro Civil, pudiera aducirse en perjuicio de terceros).

Es cierto, por otro lado, que conforme al art. 87 del CC. el cese efectivo de la convivencia conyugal es compatible con el mantenimiento o reanudación temporal de la vida en común cuando ello obedezca al intento de reconciliación o al interés de los hijos, pero ello, sin perjuicio de que no pueda exigirse una prueba plena de dicho cese efectivo de convivencia (bastaría su “posibilidad seria” o probabilidad, pues se trata de un hecho negativo que puede convertirse en una “diabólica probatio”, S.A.P. de las Palmas de 25-2-2000) si exige la justificación —por parte de quien solicita el divorcio— de que la reanudación de la vida en común de las relaciones conyugales fue sólo accidental, temporal y no continuada (S.A.P. de Córdoba antes citada).

Nada de ello se acredita en el presente caso, pues aun cuando esa reanudación de la convivencia la decidieron los hoy contendientes sin formalidad alguna, en concreto sin ponerla en conocimiento del juez competente, sin embargo no puede obviarse que esa reanudación de la convivencia en común dura desde pocos meses después de la sentencia de separación de 1983, y que como consecuencia de dicha convivencia aun hoy mantenida en el tiempo (de hecho el actor solicita que se condene a la esposa a abandonar la vivienda), nacieron en dos distintos y distantes momentos otros dos hijos comunes, con lo cual estamos en presencia de una ineluctable realidad material que racionalmente debe considerarse como verdadera reconciliación “facto” que interrumpió los plazos legalmente exigidos para integrar las causas de divorcio invocadas y que dejó sin efecto lo resuelto en el precedente proceso de separación.

En esta misma línea se expresó la S.A.P. de Cádiz de 13 de septiembre de 2000, pues el cese efectivo de la convivencia conyugal requiere, entre otras, dos circunstancias, como son el que desaparezca la afección marital (desaparición que en este caso mal cuadra con los dos nacimientos antes indicados) y la separación de domicilios (circunstancia ésta que es ajena a los concretos presupuestos del divorcio en este caso demandado). El art. 87 hace alguna matización en cuanto a

la segunda exigencia, pero su aplicación está condicionada a que se alegue y demuestre que hubo motivos para compartir la vivienda, y que sean de los contemplados en la norma (y nada de esto, según dijimos es de apreciar en este pleito).

Por todo ello, es decir, por estimarse plenamente correcta la tesis desarrollada por la parte apelante, procede revocar la sentencia impugnada y desestimar la demanda de divorcio origen de estos autos.

II. GUARDA Y CUSTODIA

1. *Cambio de custodia a favor del padre, a pesar de que la menor convivía desde su nacimiento con la madre, al haberse acreditado que el clima familiar paterno es más distendido que el materno y ha propiciado que la menor no considere mutuamente excluyentes las relaciones con ambos progenitores.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 17 de junio de 2003.

Ponente: Ilma. Sra. D.ª M.ª Pilar Manzana Laguarda.

Por la dirección letrada de la parte recurrente se impugna la sentencia de instancia en cuanto con motivo de acordar el divorcio de los cónyuges instado de contrario acuerdo el cambio de custodia de su hija Macarena nacida el 19 de abril de 1994 a favor de su padre; custodia sobre la menor que la recurrente tenía otorgada a su favor desde el auto de medidas provisionales de fecha 15 de julio de 1994, ratificado por la sentencia de separación de fecha 23 de enero de 1995, y mantenida en la sentencia de modificación de medidas de fecha 29 de septiembre de 2000 que desestimando la pretensión de

cambio de custodia amplió el régimen de visitas concedido al padre de la menor.

Pues bien, para la resolución del recurso, debe previamente partirse del principio básico reconocido en el art. 39 de la Constitución Española, en la Declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General Naciones Unidas de 20-11-89 ratificada por España (BOE 31-12-90), en numerosos preceptos recogidos a lo largo del articulado del Código Civil, y en la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección jurídica del menor, de la necesaria pro-

tección del derecho del que son titulares los menores a su propio desarrollo, educación y formación, lo que se traduce en la materia que nos ocupa, en sede de relaciones paternofiliales, en que el conflicto surgido acerca de todo lo relativo a su guarda y custodia y consecuente régimen de visitas a establecer a favor del progenitor no custodio deba resolverse por prescripción legal, jurisprudencial y justas razones, atendiendo primordialmente al beneficio e interés del menor.

Y tal y como ha proclamado la Sala en anteriores resoluciones el interés de todo menor pasa por el establecimiento de un amplio, fluido y flexible régimen de visitas que le permita disfrutar de ambos progenitores en la medida más parecida a la que fue anterior a la ruptura familiar, de la misma forma que para interpretar cuál es el interés del menor en cada caso concreto la Sala debe asesorarse de los profesionales que componen el equipo psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia que a través de sus informes valorando las circunstancias de cada caso concreto informan acerca de cuál es la mejor de las alternativas posibles de custodia, cuando ambos progenitores pueden asumirla en idénticas condiciones como es el caso actual, pues no puede desconocerse que en una de sus conclusiones dicen no poder afirmar que alguna de las alternativas de custodia ofrezca condiciones adecuadas, por lo que se propone el seguimiento por los servicios sociales de la intervención en materia de protección. Tampoco puede desconocerse que la menor desde su nacimiento, que coincide con la ruptura de la convivencia entre sus progenitores, ha estado al cuidado de su madre y que sólo muy recientemente, desde fecha enero de 2003 ha pasado a convivir con su padre en ejecución provisional de la sentencia de instancia, y que

consta en autos y refleja tanto el informe psicosocial como la sentencia que la voluntad manifestada de la menor es el seguir conviviendo con su madre pese a sus carencias. Sin embargo tampoco puede desconocerse un elemento esencial que hace inclinar la balanza acerca del mantenimiento del pronunciamiento contenido en la sentencia objeto de apelación que atribuye la custodia al padre y es el que con ocasión del seguimiento de ese cambio de custodia que está realizando el equipo psicosocial, el gabinete ha informado en fecha 20 de febrero del actual en el sentido de haber sido positivo y favorable para la menor el cambio de custodia, habiéndose adaptado perfectamente al nuevo núcleo familiar, desaparecido las tensiones derivadas de la creencia de que era discriminada en relación al hijo de la pareja de su padre, valora el clima familiar paterno más distendido que el materno, en definitiva el cambio de custodia ha propiciado en Macarena el que ya no considere mutuamente excluyentes las relaciones con ambos progenitores, estando abierta a comunicar con su madre, la convivencia con su padre ha contribuido a tranquilizarla por lo que cabe concluir que el cambio de custodia ha sido favorable para Macarena.

Proceder hoy con este informe al cambio de custodia pretendido por la recurrente sería introducir un nuevo cambio drástico en su normal desarrollo, por lo que la Sala considera procedente el mantenimiento de la custodia paterna con el seguimiento referido del equipo psicosocial hasta que remitan los síntomas todavía existentes de desajuste afectivo.

Ello no obstante desestimar el recurso no procede hacer imposición de las costas de esta alzada.

2. *Se mantiene la custodia del hijo menor a su madre, que convive con una nueva pareja, en base a la aplicación del principio favor filii al contenido del informe psicosocial, considerándose que aunque existió en la relación un incidente grave en el año 2001, sólo puede considerarse al mismo como un hecho aislado, existiendo en la actualidad una positiva vinculación con la pareja de la madre.*

AP CÓRDOBA, Sec. 1.^a, Sentencia de 18 de julio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Eduardo Baena Ruiz.

Dos son las cuestiones pretendidas por el actor-recurrente, dos las que han merecido respuesta por la Juzgadora de instancia y las mismas las que se someten al enjuiciamiento de esta Sala, a saber: a) Que el hijo menor del matrimonio sea confiado a la guarda y custodia del actor, por no serle beneficiosa su convivencia con la madre y con la pareja de hecho de ésta.

Respecto de la primera de ellas como ha subrayado una abundantísima jurisprudencia, el principio fundamental que ha de presidir la determinación de la guarda y custodia de los menores de edad es el de la protección de los hijos, o, *favor filii*”, de acuerdo con los Tratados y Resoluciones de las organizaciones internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959, la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño, y la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño de 19 de abril de 1996, así como el artículo 39.2 de la Constitución Española, que establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos; este principio inspira también numerosos preceptos del Código Civil, y constituye la idea básica de la regulación de la Ley Orgánica 1/1996, de

15 de enero, de Protección Jurídica del Menor; por lo tanto, a la hora de establecer el régimen de la guarda y custodia de los menores en las situaciones de crisis matrimoniales, sin desconocer que los padres gozan del derecho de relacionarse con sus hijos, ha de procurarse ante todo el interés del hijo menor de edad en cuyo favor se reconoce este derecho-deber de los padres, de acuerdo con el artículo 39.3 de la Constitución, que establece la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

En esta línea se pronunciaba esta Sala en sentencia de quince de abril de 2002 sosteniendo que, ... Cuando de guarda y custodia de hijos se trata meritada relevancia viene determinada por el interés de los menores, pues es doctrina, recogida por esta Sala en reciente sentencia de 7 de marzo de 2002, que es principio elemental necesario e incline inspirador del dictado de cualquier medida atinente a los hijos, el que su interés ha de prevalecer por encima de cualquier otro, incluido el de sus padres o progenitores, hasta el punto de que el *bonnum filii* ha sido elevado a principio universal del Derecho, viniendo consagrado en nuestra legislación en diversos preceptos (arts. 92, 93, 94, 103.1, 154, 158 y 170 del CC) y en general

en cuantas disposiciones regulan cuestiones matrimoniales paterno-filiales o tutelares, constituyendo un principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el constitucional de protección integral de los hijos (artículo 39.2 C.E.) y responde a la nueva configuración de la patria potestad (artículo 154.2 del CC.), siendo también la razón por la que la normativa vigente arbitre fórmulas con que garantizar o servir aquel interés, tales como la audiencia de los menores si tuvieran juicio y preceptivamente si alcanzaron los 12 años (artículo 92.2 del CC., en relación con los artículos 154.3 y 156.2 del mismo Texto legal y recabar el dictamen de especialistas (artículo 92.5) que puedan colaborar con el juez en el más acertado discernimiento de las medidas que adopte.

Dicho lo anterior cabe decir que lo que aquí se insta es un cambio de la guarda y custodia decidida en su día, siendo preciso para ello una variación sustancial de las cir-

cunstancias que fueron tenidas en cuenta para su adopción, debiendo ser estas nuevas circunstancias relevantes, sobrevenidas y permanentes.

Precisamente ello es lo que se echa en falta en esta causa por las razones que aduce el Equipo Psicosocial del Juzgado de Familia, cuyas conclusiones no reiteramos en evitación de inútiles repeticiones.

Se trata, sin duda, de un informe pericial pero que, dada su razón de ciencia y seriedad convence más a este Tribunal que las aseveraciones interesadas de parte que hace la parte recurrente.

El hecho grave sería el incidente del año 2001, pero, sin embargo, la conclusión es que fue un hecho aislado y que existe una positiva vinculación con la pareja de la madre.

Del citado informe lo que se colige es que lo verdaderamente favorable para el menor, al día de hoy, es que sea la madre quien tenga confiada su guarda y custodia.

3. *A pesar de las prescripciones legales dirigidas a que se procure no separar a los hermanos, se atribuye la custodia de los hijos uno a cada progenitor, pues perjudicaría más a los menores separarlos del respectivo progenitor.*

AP SEVILLA, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de julio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Víctor Nieto Matas.

Aun cuando el Código civil establece en el artículo 99 que ha de procurarse no separar a los hermanos cuando se establezca que el cuidado de los hijos haya de corresponder a uno u otro progenitor, dada la primera petición de ambos padres, la declaración de los menores que solicitan, cada uno, seguir residiendo con el progenitor con el que lo venían haciendo, el tiempo que se ha mantenido ese régimen que ya dura más de tres años, y la propia edad de los menores, es

procedente acordar, estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto, que los hijos continúen cada uno al cuidado del progenitor con el que venían residiendo con las garantías y cautelas que se acuerdan para la mejor relación de los hermanos, toda vez que el separar a uno u otro del progenitor con el que vienen conviviendo entiende este tribunal que perjudicaría más a los menores que podría beneficiarles el hecho de convivir juntos.

III. RÉGIMEN DE VISITAS

1. *El régimen de visitas padre e hijo, próximo a cumplir ya los tres años, ha de ser amplio, intenso y habitual, ante la ausencia de conducta inapropiada, negativa o perjudicial.*

AP SEVILLA, Sec. 5.^a, Sentencia de 23 de julio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Fernando Sanz Talayero.

En el presente caso, se adoptó un régimen provisional de visitas cuando los niños tenían poco más de tres meses, que podía ser el adecuado en aquel momento, pero en la actualidad es totalmente inadecuado a las presentes circunstancias, una vez que los niños ya están próximos a cumplir tres años de edad y que no existe en las actuaciones razones o motivos para restringir la comunicación del padre con los hijos a los límites temporales tan estrictos que establece la Resolución apelada. Dentro de ese marco tan restrictivo la comunicación se ha desarrollado hasta el momento sin incidencia alguna. Asimismo, según consta en el informe psicossocial (folios 158 y siguientes), la madre reconoce que los niños se van contentos con el padre los sábados y que regresan igual de contentos. A la vista de este resultado probatorio, y de la ausencia de cualquier conducta inapropiada, negativa o perjudicial del padre hacia los menores, sino antes al contrario, constando la buena relación y los vínculos de afectividad en la relación paterno-filial, no hay motivo alguno que se oponga a que la comunicación sea intensa, amplia y habitual, lo que resulta lo más adecuado para la formación y desarrollo de los menores, para los que la falta de convivencia de sus padres no debe suponer nunca un apartamiento o alejamiento de uno de sus

progenitores, sino que deben adoptarse las medidas precisas para que pueda tener análogo grado de relación con ambos progenitores, procurando la misma participación de los dos en todas las actividades y circunstancias de la vida de los hijos comunes, de tal manera que aunque los padres estén separados, los hijos tengan conciencia de que su relación con ambos es igual, que ambos les cuidan y atienden, que participan en la misma medida en su educación, formación, desarrollo y bienestar, que les dan análoga afectividad y que, no obstante la separación matrimonial, los vínculos paterno-filiales con ambos progenitores son similares. En definitiva, en unas circunstancias de normalidad de los progenitores, es decir, cuando no haya motivos de personalidad o de cualquier otra índole que alteren el orden normal de las comunicaciones o puedan suponer el temor de un riesgo, peligro o perturbación para el menor, la comunicación de ambos padres con el hijo debe ser extensa, intensa y abundante, compartiendo con él, conviviendo y participando en todos los actos y vicisitudes cotidianos, para lo que es necesario un amplio régimen de comunicación del progenitor no custodio, a fin de que participe en la educación del hijo de un modo total o global, incluida la pernocta.

2. *Se revoca el pronunciamiento de la sentencia que establecía el régimen de visitas, conforme al cual, a partir de los 14 años, serían los hijos los que, en base a su deseo se relacionarían con el progenitor no custodio.*

AP SEVILLA, Sec. 2.^a, Sentencia de 30 de septiembre de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos María Piñol Rodríguez.

La sentencia fija un régimen provisional hasta que los hijos tengan 14 años y a partir de esa fecha el régimen será el que deseen los hijos; este pronunciamiento del régimen de visitas a partir de los 14 años, es lo que el recurrente cuestiona; efectivamente no resulta razonable, ni tiene motivación alguna, fijar para llegada esa fecha el régimen de visitas en base a los deseos de los hijos, cuando ningún motivo se recoge puede justificar esa decisión, y cuando el deseo de los hijos, podrá ser ponderado, pero no puede ser el dato determinante para fijar las relaciones para hacer efectiva la relación paterno-

filial, la cual no sólo es un legítimo derecho de cualquier progenitor, sino que resulta básica para la formación integral de los menores; una cosa es que se oiga a los menores para fijar el régimen de visitas y otra que es lo que la sentencia recoge, que el régimen de visitas, cuando no hay motivo para ello, lo fijen los hijos a su conveniencia o deseo; por lo tanto esa regulación a partir de los 14 años recogida en la sentencia resulta contraria a la naturaleza y finalidad del régimen de visitas que no puede estar condicionado a la aptitud de los menores, por lo que en este particular la sentencia debe ser revocada.

IV. VIVIENDA FAMILIAR

1. *Se limita el uso de la vivienda concedido a la esposa y a un hijo, hasta que éste cumpla los 18 años, pues aquélla es de la propiedad del marido y con éste convive otro hijo del matrimonio.*

AP VALENCIA, Sec. 10.^a, Sentencia de 5 de junio de 2003.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a Pilar Manzana Laguarda.

En cuanto al primero de los pronunciamientos impugnados, de los autos resulta que el domicilio que fuera familiar es propiedad del padre del recurrente, resulta tam-

bién que es firme y consentido por no haber sido objeto de recurso por ninguna de las partes el que cada uno de los progenitores ostenta la guarda y custodia de uno de los

hijos, resulta igualmente acreditado que ambos hijos son menores de edad, Ramón nacido el 5 de octubre de 1986 y Luis Miguel el 2 de enero de 1991; resulta también acreditado que el recurrente ha pasado a vivir al domicilio de sus padres y que la esposa no puede ir al de los suyos por falta de espacio así como el que éstos residen en distinta población lo que conllevaría problemas de cara al cumplimiento del horario escolar por parte del hijo que tiene a su cargo; finalmente resulta también acreditado el que los ingresos del recurrente duplican los de la esposa.

Con todos esos datos, y a falta de acuerdo, la Juzgadora de instancia ha aplicado correctamente lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 96 del CC, en relación en el

párrafo tercero del mismo artículo, para decidir a través de la ponderación del interés más necesitado de protección a favor de la esposa, si bien fijando al efecto un plazo determinado y cierto cual es el que el hijo cuya custodia se le atribuye cumpla los dieciocho años, momento en el cual cesará su derecho de ocupación.

La Sala participa de la mencionada solución que no infringe lo dispuesto en el art. 96 del CC sino al contrario cumple fielmente su inspiración y mandato, no considerando procedente por falta de seguridad la limitación temporal de dicho uso al año escolar en curso del menor que se insta por el Ministerio Fiscal, máxime dado el mes de cumplimiento de dicha mayoría de edad.

2. Incongruencia de la sentencia que establece que el esposo debe abonar las cuotas del préstamo hipotecario de la vivienda familiar cuando la esposa no solicitó nada al respecto. Existiendo una situación de comunidad, recae sobre ambos esposos la obligación de pagar al 50% las cuotas del préstamo.

AP VALENCIA, Sec. 10.^a, Sentencia de 9 de julio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina.

La actora interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia número 24 de Valencia el día 6 de marzo de 2003, que acordó la separación de los litigantes y estableció la obligación a cargo de la recurrente de abonar las cuotas del préstamo hipotecario que grava la vivienda conyugal, cuyo uso se ha atribuido a la apelante.

Tiene razón la apelante cuando afirma que la sentencia es incongruente con las peticiones del demandado, pues éste no solicitó en su contestación a la demanda que se impusiera a la actora la obligación de pagar

las cuotas del préstamo hipotecario, y por el contrario, en su contestación el demandado (folio 59 vuelto) interesó que la demandante pagara la mitad de la hipoteca; por lo tanto, ha existido una infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; además, la atribución a la actora del uso de la vivienda no conlleva necesariamente que deba abonar el préstamo hipotecario, pues existiendo una situación de comunidad que recae sobre la vivienda, propiedad de ambos cónyuges, es aplicable el artículo 393 del Código Civil, y en consecuencia, los dos litigantes pagarán por mitad las cuotas del préstamo.

3. *Se extingue la atribución del uso de la vivienda familiar al no utilizarla la hija ni la madre a quien se le concedió, hechos acreditados por los recibos de agua y luz.*

AP ALICANTE, Sec. 4.^a, Sentencia de 17 de julio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. Presidente D. Federico Rodríguez Mira.

La resolución judicial de instancia, acogiendo en parte la demanda de modificación de medidas promovida por el actor, declaró extinguido el derecho de uso de la vivienda y ajuar familiar otorgado a la demandada y a la hija menor del matrimonio en el proceso de separación.

Recurre ésta dicho pronunciamiento, denunciando como infringidos los artículos 90, 91 y 96 del Código Civil, en relación con el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas; censura que no puede ser acogida puesto que el criterio judicial se muestra plenamente ajustado a derecho al basarse en una apreciación objetiva de la prueba practicada en los autos, demostrativa sin ningún género de dudas de haber abandonado la demandada, a partir de julio de 2002, el citado domicilio y trasladarse a residir, junto con su compañero sentimental, a otro sito en San Vicente del Raspeig, paseo000, n.º num000. La prueba documental y testifical practica-

da al efecto ha sido concluyente en este sentido, incluida la propia citación a Juicio de la demandada, que fue recogida en esa vivienda por su Letrada a ello, no es creíble la excusa esgrimida por aquélla de comer y cenar en muchas ocasiones en casa de su madre, lo que no se concilia con el consumo inapreciable de agua y luz a partir del tercer trimestre de 2002, necesario para otras necesidades habituales en la vida diaria; siendo más cierto que ello ha sido debido al hecho de haberse trasladado a un nuevo domicilio, donde tiene cubiertas aquéllas; y careciendo, por tanto, de base legal el mantenimiento del derecho que le fue otorgado en su día, en tanto que su ex cónyuge tuvo que abandonarlo y pasar a vivir con sus padres, cuando la hoy recurrente ya no utiliza la vivienda familiar y dispone de una nueva donde reside con la hija del matrimonio y su compañero sentimental; extremos correctamente valorados en la decisión judicial, cuya confirmación también ha interesado el Ministerio Fiscal.

4. *No se considera factible la atribución alternativa de la vivienda por semestres a uno y otro cónyuge que postula el marido, por lo problemático de la medida ya que son evidentes las dificultades y los trastornos que tal régimen entraña.*

AP SEVILLA, Sec. 2.^a, Sentencia de 24 de julio del 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Damián Álvarez García.

El uso de la vivienda familiar ha de entenderse atribuido a la madre, cuyos ingresos como ATS son manifiesta y sensiblemente inferiores a los de su cónyuge, cirujano pediátrico, y también a los hijos del matrimonio en crisis, que, aun siendo mayores de edad, conviven con su progenitora

en el hogar familiar y no han alcanzado la plena independencia económica, sin que resulte factible, por problemática, la atribución alternativa y por semestres a uno y otro cónyuge, que postula el marido, dadas las dificultades y trastornos que tal régimen entraña.

5. *Estimación de la demanda de desahucio por precario sin que exista preferencia de la atribución de uso concedido judicialmente en el procedimiento matrimonial.*

AP BALEARES, Sec. 3.^a, Sentencia de 3 de octubre de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Gómez Martínez

La sentencia dictada en primera instancia desestima la acción de desahucio por precario al entender el juez “a quo” que el poseedor inmediato de la vivienda ostenta título constituido por la sentencia de separación en la que se le concede el uso de dicho inmueble que había sido el hogar conyugal. Dicha resolución es apelada por la demandante cuya dirección letrada, en el escrito de interposición del recurso, aduce como motivo de impugnación que la sentencia de separación no es título en el que pueda amparar-

se la posesión material del inmueble del que los actores son usufructuarios en cuanto que la atribución del uso de la vivienda conyugal no puede afectar a terceros.

Con cierta frecuencia se ha planteado ante los Tribunales un supuesto de hecho consistente en que los padres ceden gratuitamente el uso de una vivienda de su propiedad al hijo o hija y a su cónyuge para que puedan destinarla a hogar familiar, situación que se ve alterada por la crisis matrimonial

de la pareja, en el seno de la cual (vía procedimiento de separación o divorcio) se atribuye judicialmente el uso del inmueble al cónyuge del hijo, produciéndose más tarde la reclamación de los padres para recuperar su posesión. Para la resolución del conflicto, la jurisprudencia ha dado dos soluciones distintas, según se califique la situación posesoria que ostentaba el matrimonio —y después el cónyuge a quien se ha atribuido el uso— de precario o de comodato. La primera indica que la cesión que hace un padre de familia a su hijo del uso de su vivienda no constituye un derecho capaz de enervar el título dominical ostentado por el cedente, configurándose, por el contrario, como un verdadero precario, cuyo cese se produce tan pronto quiera poner fin el cedente o cesionario, a no ser que otra cosa se infiera en la prueba. La segunda, que es la sustentada por el demandado, se apoya principalmente en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1992 y mantiene que, habiéndose cedido el inmueble para un uso determinado, como es el desarrollo de la vida conyugal, la relación existente adquiere la condición de comodato —artículo 1740 del Código Civil—, con la consecuencia de que el propietario no puede reclamar la posesión en tanto no haya concluido el uso para que la prestó —artículo 1749—, y no concluye por la separación o el divorcio, teniendo dicha regla la única excepción de que el comodante tenga urgente necesidad del inmueble.

Ahora bien, en la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1992, en la que se adoptó la tesis de considerar la cesión de la vivienda conyugal como comodato, se hacía especial referencia a que el mencionado contrato debía subsistir mientras perviviese el uso para el que se prestó la cosa, es decir, la necesidad familiar, por utilizarse el inmueble como hogar del cónyuge no titular y sus hijos.

El supuesto de autos presenta la especialidad de que doña Francisca y don Antonio no tuvieron hijos. Cuando existen hijos del matrimonio, la atribución de la vivienda se

hace con base en el artículo 96, apartados 1 y 2 del Código Civil. En tales casos el cónyuge titular del piso que no convive con los hijos contribuye, mediante aportación de su vivienda, a las necesidades de habitación de la familia.

Ahora bien, cuando no existen hijos comunes el criterio legal de atribución de la vivienda conyugal no es la necesidad sino el interés que merece mayor protección, según se establece en el apartado 3 del artículo 96 del Código Civil. No existe la necesidad familiar que, según la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1992, justifica la imposibilidad del comodante de reclamar la cosa prestada.

Tampoco puede mantenerse que pervive el uso para el que se cedió el inmueble en comodato si la vivienda únicamente constituye la morada de una persona. La casa de autos fue dada para que en ella viviese una familia constituida, en un primer momento, por los cónyuges y, eventualmente después, por éstos y sus descendientes. No habiendo descendientes y habiéndose separado los cónyuges difícilmente puede sostenerse que la casa sigue utilizándose como vivienda conyugal.

Aun en la hipótesis de que hubiera existido el comodato, no habiéndose pactado la duración de éste y habiendo concluido el uso pasa el que se prestó la cosa, el contrato debe considerarse extinguido y el comodante puede reclamar la cosa para sí, según se desprende de lo establecido en el artículo 1774 del Código Civil. Excluido el comodato, la sentencia de separación que atribuye el uso al cónyuge no titular no crea per se derecho alguno oponible frente a terceros, no tiene carácter modificación de los derechos o de la situación de mero hecho preexistente sobre la vivienda, por lo que la acción de precario ejercitada por los usufructuarios deberá prosperar.

Las alegaciones del escrito de oposición al recurso sobre que la verdadera intención de los actores es recuperar la vivienda para volverla a entregar a la hija son meras aseveraciones de parte, sobre las que no existe

prueba alguna, que se contradicen con las manifestaciones de los demandantes en el acto del juicio según las cuales precisan de la

casa por tratarse de una planta baja más adecuada que en el piso que habitan para que viva en ella el Sr. B que se halla enfermo.

6. *Vista la alteración de circunstancias desde que se dictó la sentencia de separación, procede acordar que el pago de la hipoteca no se haga íntegramente por el ex esposo, sino sólo en una proporción del 70 %, abonando el resto la esposa.*

AP CÓRDOBA, Sec. 1.^a, Sentencia de 31 de octubre de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

El segundo motivo del recurso que articula es atinente al fondo de la cuestión, y en concreto relativo a su contribución económica, pretendiendo no tener que pechar él con el pago de la totalidad del abono del préstamo hipotecario en atención a las nuevas circunstancias sustanciales surgidas tras la fecha en que se dictó la sentencia de separación conyugal.

En ésta, por remisión a las medidas provisionales, se fija la contribución del marido al levantamiento de las cargas del matrimonio y alimentos de los hijos en 30.000 pesetas mensuales y el pago de la hipoteca.

Como entonces existían bajo la dependencia económica de la madre, a quien se les confió su guarda y custodia, tres hijos, y ahora sostiene la sentencia combatida que el hijo David tiene ya autonomía económica, es razonable que se rebaje en un tercio la pensión alimenticia y de 30.000 pesetas mensuales se fije en 20.000 pts. (120,20 euros).

Pero claro, la sentencia olvida que recoge dos circunstancias más de carácter sustancial y relevantes a los fines pretendidos. Una, que la hija Raquel, si bien no puede considerarse integrada en el mercado laboral, sí presta servicios esporádicos remunerados que, en cierto modo, le ayudan en su alimentación, entendida ésta en sentido amplio.

Otra, ésta de sumo interés, cual es, que la esposa ha doblado sus ingresos desde la fecha en que se dictó la sentencia de separación conyugal al día de hoy.

Consecuencia de lo anterior, y teniendo en cuenta, como afirma la Juzgadora de instancia, que debe computarse también como contribución a las cargas del matrimonio los desvelos y cuidados de la madre para con sus hijos, al ostentar la guarda y custodia del menor y tener en su compañía al resto, es que la ex esposa debe contribuir al pago de la hipoteca pero no en idéntica cuantía que el recurrente, sino fijando la de éste en un 70% y la de ella en un 30%.

V. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS

1. *Fijación de una pensión alimenticia para el hijo solicitada únicamente por el Ministerio Fiscal en el acto de la vista, sin que pueda calificarse de incongruente tal pronunciamiento. Ineficacia de la interposición de una demanda de impugnación de paternidad a los efectos de fijar la pensión alimenticia en procedimiento matrimonial.*

AP VALENCIA, Sec. 10.^a, Sentencia de 12 de junio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina.

El demandado interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia número 9 de Valencia el día 13 de febrero de 2003, que acordó la separación de los litigantes y, además de privar al recurrente de la patria potestad sobre su hijo, estableció a cargo del apelante la obligación de pagar la suma de 180 euros al mes en concepto de alimentos para el menor, que cuenta con tres años de edad.

Estima la parte recurrente que la sentencia impugnada ha incurrido en el defecto procesal de la incongruencia omisiva, porque no se ha pronunciado acerca del allanamiento planteado por el demandado en su escrito de 6 de septiembre de 2002 (folio 34); el recurso formalizado con esta fundamentación debe rechazarse porque el allanamiento ha sido tenido en cuenta por la sentencia recurrida, que en sus antecedentes de hecho segundo dijo que el demandado manifestó su conformidad con la demanda; por otro lado, el apelante no recurrió la ausencia de referencia al allanamiento en la providencia de 19 de septiembre de 2002, que fue la primera dictada tras la presentación del escrito del demandado; en cualquier caso, el silencio de esta providencia y del fallo de la sentencia en relación al allanamiento se ex-

plica por el artículo 751.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dice que “en los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción”; por otro lado, el señalamiento de la pensión de alimentos para el hijo del apelante está plenamente justificado teniendo en cuenta que el Ministerio Fiscal interesó en el acto de la vista este pronunciamiento (folio 44), y que en cualquier caso, se trata de una medida que se puede adoptar de oficio, de acuerdo con el artículo 774.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y los principios de los procesos de familia expresados entre otras por la sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de junio de 1986 y de 15 de enero de 2001 pues, como dijo el máximo intérprete de la Constitución, “la incongruencia no existe, o no puede reconocerse, cuando la Sentencia del Tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la Ley, el Tribunal está facultado para introducir ex officio”; por otro lado, la simple interposición de una demanda de impugnación de la filiación no puede conducir a la supresión de la obligación alimenticia paterna, y habrá de estarse a la sentencia que se dicte en ese pleito; en consecuencia, procede la desestimación del recurso de apelación.

La Sala, visto el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siguiendo el criterio mantenido por ésta y otras Audiencias, en atención a la naturaleza de las pretensiones planteadas en materia matrimonial y pater-

no-filial, acuerda la no imposición de las costas, y en consecuencia, que cada parte deberá asumir las causadas a su instancia corriendo por mitad las comunes.

2. *No reconocimiento dentro del procedimiento matrimonial del derecho de alimentos a la hija que está próxima a cumplir treinta años y que ha estado en ocasiones residiendo fuera del domicilio familiar y realizando diversos trabajos.*

AP MADRID, Sec. 22, Sentencia de 13 de junio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres.

La parte apelante, a través del escrito de formalización del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de instancia, y con revocación de la misma, ha solicitado que se reconozca el derecho a la pensión de alimentos en favor de la hija mayor, Mercedes, en la cuantía de 325 € mensuales, teniendo en cuenta que dicha hija convive con la esposa y estudia arte dramático.

La parte apelada, a través del escrito de oposición al recurso planteado de contrario, ha solicitado la confirmación de la sentencia.

Una única pretensión ha traído la parte recurrente a esta alzada, y que ya fue interesada en su momento a través del escrito de contestación a la demanda planteada de contrario, y del mismo modo que fue rechazada tal solicitud en la instancia, igual suerte debe correr esta pretensión ahora en la alzada, y ello en una correcta aplicación de lo dispuesto en el art. 93 del CC, que ciertamente reconoce el derecho a la pensión de alimentos para los hijos mayores que conviven con sus padres, en la medida que se acredite, no solamente la convivencia sino también que los mismos se encuentran en un período de formación escolar que se considere lógico y natural conforme a la edad y las circunstancias personales de dichos hijos, siendo así que conste que en ningún mo-

mento abandonaron los estudios, ni tampoco que hayan alternado períodos de formación académica o escolar, o profesional, con otros en los que han estado trabajando. En este sentido, se hace necesario en primer lugar hacer mención a la edad de la hija para la que se solicita en este supuesto los alimentos, que va a cumplir treinta años en el mes de agosto del presente año.

Dicha hija fue llamada como testigo al acto de la vista que se celebró en su momento, reconociendo la misma que ha estado fuera de casa en ocasiones, habiendo residido en Londres en el año 1996, realizando estudios de inglés, al tiempo que afirma que ha trabajado en dos empresas, Seguros Iberia y Credit Suisse, en la que llegó a percibir 200.000 ptas. brutas.

En estas circunstancias, y no obstante la actual situación, según se acredita por la documental aportada junto con la contestación a la demanda, en orden a la realización de estudios en la Escuela de Arte Dramático, estando en el cuarto curso, no es procedente reconocer este derecho de alimentos en la litis matrimonial, sin perjuicio de las posibilidades que dicha hija tiene de reclamar tal prestación alimenticia en el procedimiento correspondiente.

3. *Se mantiene por tiempo de 2 años la pensión alimenticia de la hija mayor de edad que ha concluido sus estudios pero depende económicamente de sus padres al estar preparando oposiciones.*

AP ALICANTE, Sec. 4.^a, Sentencia de 10 de julio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Federico Rodríguez Mira.

Cuestionan los litigantes las medidas económicas decretadas en la sentencia de divorcio relativas a los alimentos de las tres hijas del matrimonio y a la pensión compensatoria; impugnando también el demandante el mantenimiento del uso del domicilio familiar a favor de aquéllas y la madre.

Con referencia a los primeros, la Sala considera perfectamente válido el criterio judicial de mantener, por tiempo de 2 años, la moderada pensión de 20.000 pesetas mensuales para Gabriela y Remedios, que han concluido sus estudios pero siguen dependiendo de sus padres, sin haber alcanzado en este momento plena independencia económica, preparando aquélla oposiciones para ingresar en la Escuela Judicial. La solución ha de ser diferente respecto a la tercera hija, Margarita, que tiene pareja estable con

la que ha tenido un niño, y aunque manifestó que no vive con su compañero por disponer éste de un estudio pequeño, no parece lógico que sea el demandante quien deba soportar el mantenimiento de aquélla y su hijo; por lo que resulta procedente, en este extremo, acoger el recurso de aquél y declarar extinguida la pensión reconocida a la misma. Por otro lado, no es ajustada a derecho la postura de la madre de pretender que se mantenga íntegramente la cuantía fijada en el convenio de separación, en concepto de alimentos y cargas del matrimonio, puesto que una vez disuelto éste queda como única obligación del progenitor la prestación alimenticia, sin poder aplicar su posible exceso a los gastos de mantenimiento de la vivienda, así como los derivados de luz, teléfono, etc. alegados por aquélla.

4. *Se admite la asunción del pago de los gastos escolares aunque se haya producido cambio de colegio de público a privado, por cuanto el padre asumió el compromiso de abonarlos sin condicionamiento alguno.*

AP ALICANTE, Sec. 4.^a, Sentencia de 10 de julio de 2003.

Ponente: Ilma. Sra. Doña M.^a Amor Martínez Atienza.

Por lo que hace referencia a medida afectada a pensión de alimentos con cargo al apelante y en favor de su hija menor, se impug-

na por la referida parte no lo que constituye prestación económica a verificar mediante abono directo en relación a la misma y en la

persona del progenitor no custodio, sino la prestación adicional de abono por el apelante de gastos escolares, y ello en el no condicionamiento del mantenimiento de dicha medida (recepcionada al parecer en auto de medidas previas de fecha 11-10-2001) al cambio de colegio (del privado al que asistía la menor a uno público), o en su defecto a la asunción de dichos gastos escolares por mitad por ambos cónyuges de persistir la asistencia de la hija menor al colegio privado.

Con carácter previo conviene reseñar que el inicial escrito de preparación de recurso de apelación no incluía particular alguno en relación a la sentencia de instancia afecto a pensión de alimentos —en cualquiera de sus variantes condicionamientos— como objeto de impugnación, y si bien dicha impugnación se adicionó en escrito de preparación presentado tras dictarse auto denegando aclaración, por el Juzgador a quo se decretó su inadmisión, cualquiera que fuere la circunstancia determinante, sin que en relación a la última resolución citada se verificara, s.e.u.o., impugnación alguna, lo que, en su caso, podría obstar a entrar a valorar particular del recurso formalizado no incluido en escrito de preparación de recurso admitido a trámite.

Pero, en su caso, y aun cuando lo anterior fuera obviado, no cabría la admisión del recurso deducido en el particular analizado por la parte apelante, por cuanto, al margen de cualquier consideración sobre lo expuesto por el Juzgador a quo en auto denegando aclaración, y aun asumiendo la variación de lo que constituyó inicial declaración de voluntad por el ahora apelante sobre el contenido y alcance de la prestación alimenticia en favor de su hija determinante de inicial acuerdo entre las partes (más allá o con independencia de su posible traslación por el Juzgador a quo a auto de medidas aludido en la sentencia de instancia), conviene reseñar :

— Que no consta evidenciado en autos que la opción de asistencia a colegio privado por la hija menor fuera adoptada de forma unilateral por la esposa, ni que dicha opción fuera adoptada por sus progenitores en contradicción con los intereses de la menor.

— Que reconociendo el apelante, en interrogatorio en primera instancia, y a preguntas del Juzgador a quo, que había asumido el compromiso adicional de pago de los gastos escolares de su hija, sin que verificara precisión del condicionamiento a priori de dicho compromiso al tipo de colegio escogido, no consta acreditado en autos, y en relación a posible fecha de asunción de dicho compromiso, la existencia —asociada a causa no dependiente de la voluntad del apelante— de una evolución a la baja de los ingresos, y/ patrimonio del apelante (cualesquiera que los mismos fueran, con trascendencia o no en archivos públicos, recepcionándose por el Juzgador a quo únicamente lo manifestado por el demandante como ingresos y no necesariamente su alcance último que el juzgador reseña como no conocido), que, como causa sobrevenida hiciera imposible la asunción por el apelante de dichos gastos.

Todo lo anteriormente expuesto determina la desestimación de las pretensiones deducidas por la parte apelante en el que constituiría el último de los motivos de su recurso.

Destacar asimismo que los ingresos del progenitor custodio son irrelevantes a los efectos de condicionar prestación alimenticia con cargo al progenitor no custodio, máxime cuando las prestaciones de alimentos del primero se desarrolla, al menos, en el marco de la asunción, y desarrollo, de obligaciones asociadas a dicha custodia e implícitas en la misma.

5. *No se admite la reducción de la pensión por nacimiento de un nuevo hijo, dado que era conocido y tiene carácter voluntario y porque para ello debió tener en cuenta las obligaciones alimenticias del anterior matrimonio.*

AP SEVILLA, Sec. 5.^a, Sentencia de 14 de julio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Herrera Tagua.

En el citado convenio para determinar la pensión alimenticia a favor de la hija, como resulta de la cláusula séptima, se tuvo en cuenta que ambos progenitores tenían ingresos suficientes, por ello no se estableció pensión compensatoria a favor de ninguno de ellos, el actor no ha acreditado ni sus ingresos, ni si se ha producido reducción, por lo que al menos ha de presumirse que son los mismos, el único fundamento que señala para que se reduzca la pensión alimenticia es que ha tenido un nuevo hijo, con el consiguiente aumento de gastos, sin embargo ello no puede considerarse como suficiente porque era un hecho conocido al dictarse la

Sentencia de separación, dado que nació el día 9 de junio de 2000, es decir, a los tres meses de dictarse, y dado su carácter voluntario no puede servir de justificación para reducir la pensión establecida respecto de la hija, porque para ello debió tener en cuenta las obligaciones alimenticias con esta, además el actor no ha acreditado esa reducción económica, porque se ignora si afronta los gastos alimenticios del nuevo hijo, ni si sus ingresos pueden ser suficientes para mantener a ambos y si los afronta tampoco ha acreditado los ingresos que tiene la madre de su nuevo hijo.

6. *Se reduce la pensión alimenticia de hijos anteriores del padre, al formar este una nueva familia con nacimiento de otro hijo, sin ingresos por la nueva pareja, al considerarse, no obstante otros criterios de la jurisprudencia menor, que tal hecho supone un cambio sustancial en las circunstancias que justificaría la modificación de medidas solicitada por el apelante. La reducción acordada supone conjugar los intereses de todos los hijos habidos por el padre.*

AP CÓRDOBA, Sec. 1.^a, Sentencia de 21 de julio de 2003.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Ana María Sánchez García.

El actor en primera instancia, instó modificación de medidas de separación y divor-

cio, en base al art. 91 CC., alegando que concurren circunstancias susceptibles de al-

terar sustancialmente la situación en base a la que tales medidas se adoptaron. Estas circunstancias son el hecho de haber contraído nuevo matrimonio y haber nacido del mismo una nueva hija.

La sentencia de instancia desestimó la demanda, dirigiéndose el recurso contra dicho pronunciamiento, por considerar el apelante que el criterio adoptado por el juzgador de instancia, que no considera que el nacimiento de un nuevo hijo sea una alteración sustancial, debería dar paso a un nuevo reparto de los recursos disponibles, de forma que el mismo se adapte a la nueva realidad del actor.

En la sentencia recurrida se sigue un criterio ampliamente consolidado en la llamada jurisprudencia menor (Pamplona 31-7-98, AP Segovia 24-4-98, AP Málaga 22-4-98, AP León 23- 9-98, AP Zaragoza 11-5-98, Mallorca 2-5-96, Cádiz 3-5-00, Tarragona 18-2-00 y 11-1-00, Madrid 5-5-98 y 13-5-96 y la citada en la sentencia recurrida, Cuenca 9-10-98) de considerar que, por obedecer a una decisión personal del obligado al levantamiento de las cargas familiares, que es quien ha de ponderar si le resulta posible asumir las responsabilidades de todo orden que el nacimiento de un nuevo hijo comporta, precisándose que no es comportarse responsablemente el crear nuevas y fuertes obligaciones si ya existen otras anteriores y de igual o superior rango, si no se pueden atender, concluyendo que, aunque el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad permite al cónyuge divorciado comenzar una nueva vida y contraer nuevas cargas familiares, ello debe ser sin menos-

cabo de los derechos de las personas que ya tienen reconocido su derecho a recibir alimentos.

Ahora bien, no obstante la doctrina citada, esta Sala ha considerado ya en anteriores ocasiones (Sentencia de 20-5-02) que lo anterior no obsta a considerar que el hecho de contar con hijos anteriores no puede ser obstáculo, ni para que el cónyuge pueda tener nueva descendencia con una ulterior pareja, como elemento integrador de un nuevo núcleo familiar, ni que esta descendencia tenga el derecho de ser atendida materialmente por el progenitor en estas circunstancias.

En este caso concreto, en el que, además, no se ha acreditado que la nueva pareja del apelante cuente con ingresos que puedan hacer innecesaria la contribución del progenitor involucrado en un proceso matrimonial y aun reconociendo el criterio mantenido, aunque no unánime por la jurisprudencia menor, al que antes se ha hecho referencia, entendemos que se puede considerar el nacimiento de un nuevo hijo, no sólo un cambio en las circunstancias sino como una alteración sustancial de las mismas que, en este caso justificaría la modificación de medidas solicitada por el apelante.

En cuanto a la rebaja en la cuantía de la pensión, su importe es mínimo y entendemos que no es susceptible de ocasionar desprotección alguna a los hijos habidos en el anterior matrimonio del actor, por lo que la reducción interesada supondría conjugar los intereses de todos los hijos habidos por el ahora recurrente, considerando, procedente acceder a su petición en este sentido.

VI. PENSIÓN COMPENSATORIA

1. *Acreditado el padecimiento psíquico que sufre el ex esposo y que ha sido la causa de la disminución de sus ingresos, procede reducir la cuantía de la pensión compensatoria.*

AP VALENCIA, Sec. 10.^a, Sentencia de 2 de junio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Alfonso Arolas Romero.

Contra dicha sentencia se alzaron en apelación ambas partes litigantes: el actor, para que se rebajara, aún más, la pensión de la hija y se declarará extinguida la pensión de la ex-mujer; y la demandada, para que se desestimara íntegramente la demanda y se mantuvieran las medidas que se adoptaron en la sentencia de divorcio. Pero los argumentos deducidos por ambas partes recurrentes no pueden conducir a la revocación de la sentencia apelada, que se estima en un todo ajustada al resultado del acervo probatorio, a los ingresos del actor, a las necesidades de la hija y a la situación laboral de la demandada, y ello por lo que a continuación se dirá.

En primer lugar, porque hay que dar por probado que el actor padece un síndrome ansioso-depresivo, que cursa con fluctuaciones en el estado de ánimo y que, por ende, afecta indefectiblemente a su actividad laboral, habiendo visto mermados sustancialmente sus ingresos económicos, como así se desprende tanto de los informes médicos emitidos por los doctores Don Braulio (documento n.º 5 de la demanda —folio 24—) y Don Lucas (documento n.º 8 de la demanda —folio 29—), como de la información ofrecida por la compañía aseguradora “Catalana de Occidente”, donde el actor desarrollaba fundamentalmente su pro-

fesión de abogado, que, obrante a los folios 144 a 148, demuestra que desde 2001 su actividad en dicha aseguradora ha disminuido notablemente con respecto a la desarrollada con anterioridad, habiendo percibido de ella en 2001 unos ingresos brutos superiores a los tres millones de pesetas (3.000.000 de ptas.), cuando el año anterior habían alcanzado los dieciocho millones de pesetas (18.000.000 ptas.). La parte demandada-apelante ha insistido en su recurso en que el demandante no había acreditado la enfermedad que dice padecer, ya que los supuestos informes médicos, con que el actor intentaba probar su síndrome ansioso-depresivo, eran meras recetas y habían sido impugnados sin posterior adveración, pero tales razonamientos no pueden aceptarse, de un lado, porque no consta en autos que esos documentos hubieran sido realmente impugnados, con lo que no tienen por qué ser averados por tener fuerza probatoria (artículo 326.1 Ley de Enjuiciamiento Civil); y de otro, porque si bien se acompañan diversas recetas expresivas de la medicación ansiolítica y antidepresiva que se prescribían al actor, lo cierto es que junto a esas recetas constan dos informes-diagnósticos sobre la afección psíquica del Sr. Víctor suficientemente demostrativas del síndrome que padece.

2. *Desestimación de la petición de limitación temporal de la pensión compensatoria que se fijó con carácter indefinido en el procedimiento de separación al no haber concurrido circunstancia modificativa alguna.*

AP ALICANTE, Sec. 4.^a, Sentencia de 10 de julio de 2003.

Ponente: Ilma. Sra. Doña M.^a Amor Martínez Atienza.

Por lo que incide, sobre la base de distintos argumentos, en la pretensión de limitación temporal de prestación económica configurada, expresamente, como indefinida o no limitada a priori en el tiempo con ocasión de la previa sentencia de separación, destacar que tras la petición de la parte apelante se pretende, en definitiva, y sin la existencia de variación sustancial de circunstancias que lo justifiquen, la extinción a fecha determinada de la pensión compensatoria no limitada en su duración en el momento de su inicial constitución (en situación que se mantiene en la sentencia de divorcio), y ello al margen de cualesquiera de las circunstancias, que en el marco del art. 101 del CC habilitarían dicha extinción. El mantenimiento del carácter indefinido de la pensión compensatoria no constituye, contra lo que parece entender la parte apelante, vulneración alguna de los arts. 24 y 35 de la Constitución, en cuanto ni se ha vulnerado principio alguno de igualdad, ni se consagra abuso de derecho alguno en vulneración del último de los preceptos citados, máxime en la toma en consideración de condicionamientos afectos al reconocimiento en su día de pensión compensatoria en el marco del art. 97 del CC, a alguno de los cuales se ha hecho referencia.

Por último reseñar que la parte apelante obvia que la pensión compensatoria se establece por el art. 97 del CC a favor del cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico, pues de esta forma se permite al cónyuge más perjudicado por la ruptura matrimonial situarse en una potencial igualdad de oportunidades con el otro esposo, careciendo de naturaleza alimenticia, configurándose más como un supuesto de resarcimiento de daño objetivo causada por las expectativas de todo tipo que se derivan del matrimonio, siempre que concurren los requisitos establecidos por el art. 97 del CC, no sustentándose por tanto en deberes de colaboración y ayuda mutua que, en el marco de consecuencias afectas a la disolución del matrimonio por divorcio, puedan determinar, como consecuencia necesaria, siempre y en todo caso, limitación temporal de medida afecta a pensión compensatoria no sustentada en lo que la parte define, sin estricto fundamento jurídico, como obligación residual.

Es en base a todo lo expuesto que procede la desestimación, asimismo en este particular, el recurso deducido por la parte demandante configurada por el Sr. José Francisco, y que constituye fundamento de pretensión asociada en el suplico del recurso, por remisión al punto III-2 del referido recurso.

3. *La circunstancia de que la esposa conviva actualmente con su hermana es irrelevante a efectos de la pensión compensatoria al ser aquélla un tercero ajeno a la relación conyugal.*

AP MADRID, Sec. 22, Sentencia de 11 de julio de 2003.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a Miriam de la Fuente García.

Por lo que se refiere a la pensión compensatoria, solicita el recurrente que se suprima o que se reduzca a la cuantía de 120 € mensuales mientras que en primera instancia solicitaba que se fijara en 30.000 ptas./mes limitada temporalmente hasta que la actora cumpliera los 65 años (sic folio 42), por lo que en base al más elemental principio de congruencia no es dable acceder a la primera petición interesada relativa a la supresión, máxime cuando entendemos, en consonancia con el Juzgador a quo, que en efecto la separación sí produce a D.^a Esther un desequilibrio económico en relación con su posición anterior en el matrimonio que supone un empeoramiento en su situación habida cuenta que durante los 34 años que duró el matrimonio en convivencia ella se dedicó al cuidado del hogar y de la familia mientras que el esposo trabajaba fuera del hogar para procurar su sustento y atender todos los gastos domésticos y familiares; que igualmente ella le ha atendido cuando éste ha estado ingresado o convaleciente por sus enfermedades; que la esposa no consta haya trabajado nunca fuera del hogar ni que trabaje en la actualidad y no percibe prestación o renta alguna, carece de cualificación profesional y de posibilidades de acceder a un empleo; tiene 61 años, sin que conste acreditado que cuando cumpla 65 años vaya a percibir prestación económica alguna. Frente a ello el esposo percibe una pensión de 829 € mensuales en el año 2002 (folio 80) que habrán de ser por catorce pagas al año; está delicado de salud; tiene adjudica-

do por la sentencia de instancia el uso del domicilio conyugal, y ha de pagar los gastos de servicios y suministros, comunidad, contribución del mismo y los gastos derivados del vehículo de su propiedad además de atender a su propia subsistencia. Respecto a los gastos derivados de ingresos en hospitales y medicinas así como el gasto de servicio doméstico, no ha quedado suficientemente acreditado, y el hecho de que la esposa se haya ido a vivir a casa de su hermana la cual tiene ingresos no se puede tener en consideración a efectos de conceder —o no— ni de cuantificar la pensión compensatoria habida cuenta que aquélla es un tercero totalmente ajeno a la relación conyugal y cuyos ingresos se desconocen como para entender, como pretende el apelante, que D.^a Ana María haya pasado a mejorar su situación.

Por todo ello la Sala entiende que sí procede conceder pensión compensatoria a favor de la esposa si bien a la vista de la prueba obrante en autos y valorada tanto en forma individual como conjuntamente se ha de reducir a la cuantía de 300 € mensuales en lugar de la concedida en la sentencia de instancia que la establece en 330,56 € mensuales que parece excesiva. Y en cualquier caso sin limitación temporal alguna sin perjuicio de que sobrevinidas nuevas circunstancias que supongan una alteración sustancial de las tenidas en consideración en este pleito puedan justificar su variación o supresión a tenor de los arts. 100 y 101 del CC. Medida

que producirá sus efectos desde la fecha de la sentencia de primera instancia y cuya primera actualización se efectuará el 1 de agosto de 2003 y así sucesivamente cada año.

En méritos a los razonamientos expuestos el recurso ha de ser estimado en parte en los términos que diremos en la parte dispositiva de la presente resolución.

4. *Vista la dedicación de la esposa a la familia y la ayuda prestada al esposo en su trabajo, no se establece a priori limitación temporal a la pensión compensatoria, sino que se fija un plazo prudencial de 5 años, a partir de la sentencia, para que puedan revisarse todas las circunstancias que motivan ahora la fijación de la pensión, y en particular el interés y empeño de la esposa en la búsqueda y obtención de trabajo.*

AP CÓRDOBA, Sec. 2.^a, Sentencia de 21 de julio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

El motivo tercero del recurso impugna la cuantía y temporalidad de la pensión compensatoria establecida a favor de la esposa por importe de 600 euros (100.000 ptas.) mensuales y por un período máximo de 2 años.

Ante las indicadas pretensiones es necesario efectuar una serie de matizaciones en relación a la referida pensión compensatoria, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 30/1981 de 7 de julio, con el antecedente del art. 28 Ley Divorcio de 1932, siguiendo el modelo italiano del art. 5.º de la Ley 1/12/70 “asegno per divorcio” y el francés de “les prestations compensatoires” de la Ley 7/7/75, arts. 210 y ss. C. Civil.

Así es cierto que, inicialmente, la pensión que establece el art. 97 CC. se caracteriza por constituir un derecho de crédito que ostenta el cónyuge al que el hecho de la separación o divorcio le impone un desequilibrio económico respecto del otro cónyuge, que implica un empobrecimiento en su situación anterior en el matrimonio, pensión que responde a una finalidad cual es, según

señala la s. T.S. 2/12/87 que cada uno de los cónyuges puede continuar con el nivel económico que tenía durante el matrimonio.

Siguiendo, con carácter previo, con el estudio de la figura ante lo que las actuaciones nos llevan, no estará de más al objeto de concretar los perfiles que definen su contenido, recordar la doctrina jurisprudencia cuando proclama que la pensión compensatoria, por su naturaleza, características y manera de establecerse, no puede, de hecho ni jurídicamente, confundirse con la prestación de alimentos, y que el art. 97 CC., aplicable tanto al caso de separación como al de divorcio, exterioriza un derecho personal que corresponde al cónyuge o excónyuge al que, con motivo de la crisis matrimonial, se la haya producido un empeoramiento de su estatus económico en relación a la situación que tenía constante el matrimonio y se encuentra en posición de desventaja o desequilibrio respecto de la que mantenga el otro.

Estos presupuestos fácticos que justifican el nacimiento del derecho permiten afirmar que la naturaleza de la pensión compensatoria no es alimenticia sino que constituye un

supuesto de resarcimiento del perjuicio objetivo a causa de la separación o divorcio y sin vinculación con ninguna idea de responsabilidad por culpa (s. T.S. 29/6/88). Consecuencia de ello es que mientras los alimentos tienen una duración indefinida, en tanto se mantenga la necesidad de recibirlos y la posibilidad de prestarlos y su contenido se limita a lo indispensable para el sustento, habitación, etc... (vid art. 142 CC.) por el contrario, la pensión compensatoria carece de tal límite normativo y, por imperativo de su naturaleza objetiva, se extingue por las causas del art. 101, párrafo 1.º del CC., radicalmente distintas de las de la prestación alimenticia.

El hablar de resarcimiento de perjuicio a través de la pensión compensatoria, nos puede llevar a una posible equiparación de la pensión a una función indemnizatoria. Esta tesis procede claramente del Derecho Italiano, como se deduce de la sentencia del Tribunal de Casación italiano de 1/2/74 (citada por la s. A.P. Barcelona 13/5/93 que estudia el origen y naturaleza de esta institución) que manifiesta que la pensión periódica no tiene carácter alimenticio o de mantenimiento, sino que tiene naturaleza indemnizatoria, tendente a reequilibrar la situación económica del cónyuge que como consecuencia de la cesación del vínculo matrimonial sufra una disminución patrimonial.

No obstante, la doctrina y un buen sector de los tribunales se niegan a dar simple y llano carácter indemnizatorio a la pensión, para otorgarle, por el contrario, un determinado carácter material, encontrando su fundamento en el principio de solidaridad post conyugal, pues sería erróneo identificarla con la reparación de daños que procede de actividad culposo o negligente. Lo anterior supone, en definitiva, entender que la pensión compensatoria se basa en un desequilibrio económico fundado en una solidaridad familiar que surgió entre los esposos al contraer matrimonio.

En resumen como señaló esta misma Sección 2.ª A.P. Córdoba en s. 12/4/00, va-

rias son las posturas doctrinales en relación a su naturaleza jurídica, un primer sector le concede un carácter compensatorio, tratándose con ello de evitar que, una vez roto el matrimonio, el cónyuge en peores condiciones económicas note tal ruptura por descender en su jerarquización el nivel de vida en relación con el otro. Una segunda postura mantiene que su carácter es indemnizatorio, como un resarcimiento para cubrir un desequilibrio. Y finalmente una tercera que sostiene que es una figura híbrida que no participa con exclusividad de un carácter concreto. Esta postura, la más acertada, considera como punto de arranque el desequilibrio, según dispone el párrafo 1.º del art. 97 CC., es decir, que en principio su naturaleza sería compensatoria, ya que el desequilibrio económico es "conductio iuris" para su nacimiento, sin embargo se debe armonizar dicho párrafo 1.º con las demás circunstancias que enumera el precepto, de forma que estas no solo jueguen para graduar la pensión sino que incluso puedan eliminarla, si se observa que no obstante el desequilibrio económico, el cónyuge en esta situación no ha sufrido ningún perjuicio con la separación o divorcio que deba ser resarcido en aras de la justicia y equidad.

Es decir, que la naturaleza compensatoria o indemnizatoria no son caracteres excluyentes sino complementarios, pues para la viabilidad de la pensión será preciso en primer término, una descompensación entre los cónyuges a causa del divorcio, y en segundo lugar, que el cónyuge en peor situación tenga derecho a su resarcimiento por el juego de las circunstancias que enumera el art. 97.

Esta peculiar naturaleza de la pensión compensatoria ha llevado a declarar que no es una renta absoluta e ilimitada en el tiempo porque sería una carga insoportable para el obligado a abonarla y en beneficio o enriquecimiento injusto para quien la recibe, debiendo concretarse necesariamente con la posibilidad de rehacer la vida y conseguir un estatus económico autónomo para el cónyuge perjudicado y con la posibilidad real

de acceder al mercado de trabajo, valorando, asimismo su edad, años de matrimonio, cualificación profesional y demás circunstancias para, como juicio ex ante, establecer el período de duración de la pensión, sin perjuicio de adoptarla sin fijación de plazo en los casos que proceda.

Abundando en este tipo de construcción dogmática, no se puede concluir la categoría de la pensión compensatoria como una especie de pensión vitalicia a la que supuestamente tendría un derecho absoluto, incondicional y, sobre todo, ilimitado en el tiempo, tal planteamiento significaría aceptar que la referida pensión tiene su origen y justificación en el hecho de trascendencia jurídica representado por un anterior matrimonio y significaría también, consecuentemente, admitir que la celebración del mismo llevaría incorporada (para uno, para otro o para ambos cónyuges) algo equivalente a un derecho o beneficio futuro y vitalicio a cargo del otro cónyuge.

La concepción actual de la sociedad y el orden de valores imperante impone concebir la pensión compensatoria como un derecho relativo, condicional y circunstancial y sobre todo, con la posibilidad de ser limitado en el tiempo.

Un derecho relativo y circunstancial por cuanto dependerá de la situación personal, familiar, laboral y social del beneficiario, un derecho condicional por cuanto una modificación de las concretas circunstancias en que la pensión fue concedida puede determinar su modificación o supresión y en fin, un derecho limitado en cuanto al tiempo de su duración, por cuanto su legítima finalidad no puede ser otra que la de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura del vínculo familiar en una situación de potencial igualdad de oportunidades (singularmente laborales y económicas) a la que habría tenido de no haber mediado tal anterior vínculo matrimonial.

En este sentido esta misma Sección 2.^a A.P. Córdoba, ss. 5/7 y 30/11/95, ya señaló que los derechos a la libertad, autonomía, equidad, igualdad y capacidad del individuo

conllevan que la pensión compensatoria sea entendida no como una renta o pensión vitalicia derivada del matrimonio, sino como un derecho relativo, circunstancial, condicional y limitado en el tiempo, concepción esta que parte de la idea de que, roto el vínculo matrimonial, ambos cónyuges deben de procurarse dentro de sus respectivas posibilidades y atendidas sus concretas circunstancias, un medio autónomo de subsistencia.

No obstante lo anterior en resoluciones posteriores (por ejemplo s. 18/10/02) esta Sala ha matizado la anterior doctrina pues una cosa es el natural carácter temporal de la pensión compensatoria y otra muy distinta la posibilidad de que judicialmente se establezca apriorísticamente un plazo de duración.

Debe compartirse con la sentencia de instancia, y así lo hemos desarrollado en el precedente fundamento jurídico, que la pensión discutida es naturalmente (y no necesariamente) temporal. Ahora bien, de dicho carácter no puede deducirse sin más que pueda fijarse de antemano y apriorísticamente su plazo de vigencia. A ello se oponen, en primer lugar, las propias causas que determinan su extinción o modificación y que conforme a la normativa de los arts. 97, 100 y 101, vienen dirigidas a la realización y efectividad del cese del motivo que dio lugar a su nacimiento o a la alteración sustancial en la fortuna de uno u otro cónyuge. Y en segundo término, la propia ratio del art. 97 exige que el derecho por él consagrado se mantenga vigente en tanto perdure el desequilibrio inicial que la ruptura matrimonial causó al cónyuge acreedor, lo cual, de ordinario, sólo podrá acreditarse y verificarse con posterioridad. (Criterio este que ha sido reiterado por la sentencia de 8/5/03 de esta Sección 2.^a)

En consecuencia, dice la s. A.P. Santander 19/11/97 “salvo supuestos singulares y excepcionales en los que pueda dilucidarse de forma cierta y determinada temporalmente la preexistencia del desequilibrio generador no pueden prejugarse prioritariamente el período de vigencia del derecho y

las condiciones en que quedó configurado corresponderá a las partes solicitar y acreditar tales extremos mediante el expediente de modificación de medidas previsto al efecto”. Postura compartida por la A.P. Madrid, Sec. 22 s. 8/10/2002 que precisa que la limitación temporal apriorística sólo está concebida para supuestos tales como los de una corta duración del matrimonio, ausencia de hijos o expectativas ciertas del beneficiario de incorporación al mercado de trabajo a corto plazo que no son precisamente los factores que condicionan el derecho que hoy se debate. Igualmente s. A.P. Valencia 17/2/2000 que señala que la limitación temporal, no prevista en la Ley, es de creación jurisprudencial y debe aplicarse con criterio restrictivo.

Concurriendo en el caso, pues ello no ha sido objeto de impugnación por el esposo-apelado y por tanto ni siquiera se debate, los requisitos al efecto exigidos en el inciso inicial del art. 97 CC., han de ponderarse en orden al alcance cuantitativo y temporal del derecho de pensión compensatoria o por desequilibrio:

La situación económica de la familia en los términos ya expuestos al fijar la pensión alimenticia de las hijas.

La duración del matrimonio desde noviembre de 1989.

La dedicación pasada y futura a la familia, pues la esposa en el tiempo que ha durado el matrimonio ha estado al cuidado de sus dos hijas, nacidas el 27/1/93, por lo que por su edad deberá seguir encargada de su custodia en el futuro próximo.

La colaboración de la esposa en la actividad profesional de su marido, pues D.^a Yolanda desde que D. Juan Enrique abrió su consulta médica privada de cirugía estética hasta la separación de hecho ha venido colaborando con el mismo, sin obtener remuneración ni prestación social alguna.

La edad, cualificación profesional y posibilidad de acceso al empleo por parte de la beneficiaria D.^a Yolanda nació el 13/12/61 y en 1987, es decir con anterioridad a contraer matrimonio, finalizó en la Escuela Superior de Turismo los tres años del título en técnico de empresas y actividades turísticas equivalente a la diplomatura universitaria, y en 1998-1999 un curso de “maquillaje artístico”, profesión la primera que D.^a Yolanda nunca ha ejercido al dedicarse durante el matrimonio al cuidado del hogar y de las hijas menores y a colaborar en la consulta particular de su esposo, por lo que en la actualidad, 14 años después, no puede decidirse que su acceso al mercado laboral y encontrar un empleo digno acorde con el nivel de vida que tenía durante el matrimonio, vaya a ser precisamente fácil.

Valorando todas estas circunstancias, la Sala considera que la pensión compensatoria concedida debe modificarse en un doble aspecto: elevando su cuantía a 900 euros mensuales, y no estableciendo a priori limitación temporal y consiguiente extinción automática de la misma, sino fijar el plazo prudencial de 5 años, a partir de la presente sentencia, para que puedan revisarse todas las circunstancias que motivan ahora la fijación de la pensión, y en particular el interés y empeño de la esposa en la búsqueda y obtención de trabajo.

5. *Extinguido el derecho a la percepción de la pensión compensatoria por la obtención de un trabajo remunerado generador de recursos dotados de relativa estabilidad, no renace el mismo por el hecho de concluir dicha relación laboral y pasar a la situación de desempleo.*

AP SEVILLA, Sec. 2.^a, Sentencia de 22 de septiembre de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Damián Álvarez García.

Partiendo de la naturaleza revisora del recurso de apelación, que coloca al Tribunal de segunda instancia en su posición similar a la que ocupaba el Juzgador de primer grado, la valoración de la actuación probatoria desarrollada y en especial la documental relativa a la actividad laboral de la recurrente Sra. Paula , permite reputar suficientemente acreditada la concurrencia de la causa extintiva de la pensión compensatoria, prevista en la cláusula 6.^a, párrafo 2.^o del convenio regulador de los efectos de la precedente separación conyugal, como certeramente argumenta la Juzgadora a quo, puesto que del informe de vida laboral, emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social, se infiere que la demandada apelante ha acre-

ditado su idoneidad potencial y su capacidad real de integración en el mercado de trabajo, y ha desempeñado una actividad laboral remunerada, y prácticamente continuada, hasta julio de 2001, percibiendo a continuación la prestación por desempleo, actividad ocupacional que le proporcionaba ingresos mensuales estables, y no inferiores al importe de la pensión compensatoria, de manera que, extinguido el derecho a la percepción de tal pensión por la obtención de su trabajo remunerado generador de recursos dotados de relativa estabilidad, no renace el mismo por el hecho de concluir dicha relación laboral y pasar a la situación de desempleo.

VII. CUESTIONES PROCESALES

1. *Son competentes los tribunales españoles para conocer de declaración de nulidad del matrimonio celebrado en La Habana, entre actor español y demandada cubana, y a falta de domicilio conyugal la competencia es del Juzgado del domicilio de la demandada.*

AP VALENCIA, Sec. 10.^a, Sentencia de 3 de julio de 2003.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a Pilar Manzana Laguarda.

Conforme al art. 36 de la LEC la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por

lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los Tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. Y

conforme a los artículos 21 y 22 de la L.O.P.J. los Juzgados y Tribunales españoles son competentes para conocer de la declaración de nulidad del matrimonio celebrado en la Habana, entre el actor de nacionalidad española y la demandada de nacionalidad cubana, por lo que el primero de los motivos de oposición a la sentencia de instancia no puede prosperar y hay que desestimar de plano.

El segundo de los motivos, la falta de competencia territorial para el conocimiento de la acción de nulidad ejercitada por parte del Juzgado de Sueca sí debe prosperar en esta alzada.

En efecto, conforme al artículo 46 de la LEC, el examen de la competencia territorial se hará de oficio y bajo pena de nulidad. Dicho mandato se reitera en el último párrafo, el 4.º, del art. 769 de la LEC, precepto éste en el que se regula la competencia territorial para los procesos matrimoniales regulados en el Libro IV. Dicho precepto establece el fuero básico que sigue siendo el lugar del domicilio conyugal; para el caso de residir ambos cónyuges en distintos partidos sigue la alternativa anterior entre el último domicilio común del matrimonio o la residencia del demandado pero en lugar de atribuir esa elección sólo al demandante se in-

roduce permitir la elección a ambos cónyuges en los casos de mutuo acuerdo. En el caso de faltar la residencia o domicilio fijo de los cónyuges, la misma solución de elegir el demandante el lugar en que se halle o la última residencia del demandado. Y finalmente se establece un criterio supletorio y excepcional para el caso de no poder determinarse la competencia por los fueros anteriores que lo es el del domicilio del actor.

Pues bien, revisadas que son las actuaciones practicadas resulta que tal y cual es de ver al folio 32 de los autos en el informe dando cuenta del resultado de la averiguación de domicilio de la demandada se hace constar por el Ayuntamiento de Llobregat el que se encuentra empadronada en esa ciudad desde hace cuatro años, teniendo un domicilio conocido y fijo. En consecuencia, y a falta de domicilio conyugal pues es evidente que no existió, debe operar la segunda regla del art. 769 de la LEC en el establecimiento de la competencia territorial que es el de la residencia habitual del demandado.

La estimación del motivo conlleva la declaración de nulidad de la sentencia de instancia por haberse dictado por Juez territorialmente incompetente para el conocimiento y resolución de la acción de nulidad pretendida.

2. *No cabe nulidad de actuaciones por habersele entregado a las partes el informe pericial cinco minutos antes de la Vista, sin causar indefensión, pues no cabe confundir ésta con el resultado poco satisfactorio de aquél para la parte.*

AP ALICANTE, Sec. 4.ª, Sentencia de 10 de julio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Úbeda Mulero.

La nulidad de actuaciones se solicita de conformidad con el art. 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denunciando infrac-

ción de su art. 346 y ello porque el informe pericial psicológico que se acordó practicar en el seno del procedimiento se entregó a

las partes cinco minutos antes de la vista, causando indefensión a la ahora apelante. No puede accederse a su pretensión: los términos generales del precepto que se cita como infringido no permiten acoger la denuncia de la parte porque, en definitiva, la prueba controvertida —a cuya admisión y práctica la interesada se vino oponiendo a lo largo de todo el procedimiento— se ha practicado de acuerdo con las prevenciones

legales y el informe que tuvo como resultado no es de una complejidad tal que exija la suspensión de la vista oral; por otra parte, la técnico que la realizó estuvo presente en ella y se sometió a todo tipo de aclaraciones que las partes tuvieron por conveniente, no pudiendo confundirse la indefensión con el resultado poco satisfactorio del informe para la parte que ahora vuelve a impugnarlo.

3. *Se admite la competencia para conocer del procedimiento de modificación de medidas a Juzgado distinto al que dictó la sentencia que se pretende modificar, al ser una práctica judicial, no amparada en precepto legal específico que así lo determine. Se deniega la nulidad.*

AP SEVILLA, Sec. 2.ª, Sentencia de 10 de julio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Rafael Márquez Romero

Aun cuando es cierto que en la práctica judicial se viene atribuyendo la competencia para la tramitación de los procedimientos de modificación de medidas acordadas en el procedimiento de separación o divorcio al Juzgado que conoció de éstos interpretando que la referencia al tribunal contenida en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ha de entenderse referida al que dictó la sentencia en el procedimiento en que se acordaron las medidas, es cierto que no existe un precepto específico en el que se determine esta competencia y en consecuencia no puede estimarse que exista vulneración clara y precisa de un precepto

procesal ni que se haya producido una efectiva indefensión habiendo declarado en reiteradas ocasiones este tribunal que la pretensión de nulidad ha de ser examinada en todo caso con absoluta cautela y con criterio altamente restringido, siendo preciso para declararla que se haya prescindido tal y absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la Ley o se hayan omitido los principios de audiencia, asistencia y defensa, habiéndose ocasionado por ello efectiva indefensión. Así resulta del artículo 238.2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en relación con el 240 de la misma.

VIII. CONVENIO REGULADOR

1. *Se admite por la Audiencia, revocando la sentencia de instancia, la adjudicación consensuada en liquidación del régimen económico matrimonial de una parcela de terreno para garantizar los alimentos futuros de los hijos comunes dados los escasos ingresos del progenitor no custodio.*

AP SEVILLA, Sec. 8.ª, Sentencia de 2 de julio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Santos Bozal Gil.

Concretados los términos del recurso al extremo que deniega la aprobación de la cláusula sobre alimentos futuros, ha de limitarse el Tribunal a determinar si la referida cláusula vulnera el artículo 1814 del Código Civil, que prohíbe expresamente la transacción referida a los alimentos futuros. La cláusula de referencia (tercera de las del Convenio) señala que “ambos progenitores abonarán los gastos que en concepto de alimentos produzcan los hijos al 50%, y como quiera que los emolumentos de ambos cónyuges no son muy elevados, se establece como pago de alimentos en especie la adjudicación de una parcela de terreno donde se ubica la casa familiar en la Urb. Mampela de Mairena del Aljarafe, a fin de garantizar los alimentos futuros”. Asimismo se acuerda que el esposo separado entregará a la Sra. Beatriz para su hijo Millán la cantidad de 300 euros al mes como pensión de alimentos, que representan el resto de los que se abonarán al mismo hasta que termine sus estudios universitarios.

El tenor de la cláusula que se analiza no pone de manifiesto una transacción concluida entre el alimentista y la persona obligada a la prestación alimenticia, la cual habría de considerarse comprendida en la prohibición

legal, que se funda, como ha estimado la doctrina dominante, en poderosas razones de moralidad, ya que la Ley concede los alimentos en razón a la necesidad que de ellos tiene el que ha de percibirlos, y transigir sobre los mismos equivaldría a renunciar en parte a la vida, según frase de un ilustre civilista de nuestros días. En el supuesto de autos se trata de un acuerdo de los obligados al pago, que tiende a garantizar a los hijos comunes el de la prestación que les resulta debida. Dicha garantía se estima eficaz y suficiente, y en el caso de no ser aprobada, se vería comprometido el pago en el futuro, habida cuenta de la escasa capacidad económica de que disponen los otorgantes del Convenio en el que resulta acordada. Quedan así cumplidas las previsiones del artículo 90 del Código Civil, que en su apartado C) señala como uno de los elementos que han de integrar el Convenio la previsión sobre la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso. La cláusula, por tanto, debe ser aprobada con el conjunto del Convenio, estimándose beneficiosa para los hijos comunes, lo que comporta la parcial revocación de la Sentencia y del Auto apelados.

IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIA

1. *Eficacia del pago realizado por el progenitor directamente al hijo a efectos de minorar la deuda que mantiene por impago de pensiones.*

AP VALENCIA, Sec. 10.^a, Auto de 11 de junio de 2003.

Ponente: Ilma. Sra. D.^a M.^a Pilar Manzana Laguarda.

Respecto de la errada valoración de la prueba practicada por parte del Juzgador de instancia, residenciada en la prueba testifical de la hija y del hijo, cuyos testimonios se verificaron en sendas actas de juicio, la Sala participa de los razonamientos utilizados por la Juzgadora de instancia para considerar no acreditado el pago de las pensiones reclamadas, no obstante la claridad de la manifestación de la hija en orden a haberle pagado su padre dos o tres mensualidades de 40.000 pesetas, si bien no se corresponde la mensualidad con lo acordado, hacen a la Sala considerar cuanto menos que 80.000 pesetas sí fueron abonadas directamente a la hija como pago de los alimentos debidos a ambos hermanos y que debieron ser entregadas a la madre, pero esa misma conclusión de pago no puede extraerla de la confusa declaración testifical del hijo del matrimonio quien ante una afirmación previa negaba a continuación la premisa, establecía plazos generales de pago de la pensión y de impago, para luego desdecirse cuando se le pedía concreción. La

práctica de esa testifical no puede hacer prueba de pago de las mensualidades incluso anualidades que se pretenden por la parte recurrente. Por ello la conclusión de la Juzgadora se hace propia por la Sala, con la sola excepción a que se ha aludido de proceder tener por acreditadas las ochenta mil pesetas recibidas por la hija que en su equivalencia en euros es de 480,81 euros, cantidad ésta que, en consecuencia, procede reducir del total reclamado.

La estimación parcial del recurso conlleva la estimación parcial de la demanda y en consecuencia el que conforme al art. 394 de la LEC prospere el segundo motivo de apelación cual es la imposición de las costas de la instancia a la parte recurrente que se tiene por no puesto. Igual estimación siquiera sea parcial del recurso conlleva con respecto a las costas de la alzada el que no proceda su imposición por cuanto así lo dispone el art. 394.2 de la LEC al que remite el 398 de la misma ley procesal civil.

2. *No puede darse carácter retroactivo desde la presentación de la demanda a la sentencia que reduce la cuantía de la pensión alimenticia, ya que la retroactividad es inconcebible con la pensión alimenticia que tiene una finalidad subsistencial y mal se comprende que los alimentistas puedan hacer desembolso alguno para reintegrar o, en su caso, compensar al alimentante del exceso percibido desde que se dedujo la demanda hasta que la sentencia redujo la cuantía de la pensión.*

AP CÓRDOBA, Sec. 3.^a, Sentencia de 27 de junio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Felipe Moreno Gómez

Por medio de su recurso de apelación, la esposa, tal y como inicialmente indicamos, ataca la retroactividad de la reducción, que en definitiva, y por razón de haber alcanzado varios hijos su independencia económica, viene a establecerse del montante de las cargas familiares que pesaban sobre el esposo. Dicho recurso debe ser plenamente estimado.

En efecto, dicha retroactividad, al margen de que no viene precisada si se refiere a la fecha de la demanda inicial o a la de la ulteriormente dirigida frente a uno de los hijos del matrimonio (en puridad de rogación y habida cuenta del tenor literal de ambos escritos, a este segundo momento debería estrictamente de proyectarse), lo cierto es que material y procesalmente es inconcebible.

Materialmente, porque si la pensión alimenticia tiene una finalidad subsistencial, mal se comprende que los alimentistas puedan hacer desembolso alguno para reintegrar o, en su caso, compensar al alimentante del exceso percibido desde que se dedujo la demanda hasta que la sentencia redujo la cuantía de la pensión. El párrafo primero del art. 148 del CC., que es la norma que lacónicamente se aduce en la sentencia apelada para otorgar dicha retroactividad, nada dice al respecto, ni es análoga la situación que dicha norma contempla de perentoria nece-

sidad del alimentista, con la de suficiencia económica del alimentante, que, en suma, es la aquí producida. Descartada, por tanto, la procedencia de una análoga aplicación al caso del citado precepto, la razón de fondo obstativa a dicha retroactividad en perjuicio del alimentista, late, tanto en el art. 151 del CC. (los alimentos presentes no pueden compensarse con lo que el alimentista deba el que ha de prestarlos), como en el párrafo segundo del propio art. 148 antes citado, de forma que si fallecido el alimentista sus herederos no están obligados a devolver lo que aquél hubiese percibido anticipadamente, el principio material a extraer es que no deben ser devueltas las pensiones percibidas, y ello por suponerse consumidas en necesidades perentorias de la vida; así lo consideró el T.S. en S. de 7 de febrero de 1946, cuando afirmó que si bien el juicio de alimentos provisionales no producía excepción de cosa juzgada, la sentencia del ulterior juicio definitivo de alimentos no tiene efectos retroactivos.

Procesalmente, porque así se desprende tanto del núm. 5 del art. 773 de Lec, como del mismo número del art. 774 de dicha Ley; normas que al otorgar plena eficacia a lo inicialmente resuelto hasta que una ulterior resolución judicial venga expresamente a modificarlo o suprimirlo, para nada aluden a retroactividad de ningún tipo.

3. *Se deniega el mantenimiento del embargo sobre la nómina del esposo solicitado por la esposa beneficiaria de la pensión para evitar futuros incumplimientos como el que había dado lugar a la ejecución, al tener el esposo una situación laboral y económica plenamente estable e identificada lo que facilitaría una nueva retención de su salario, en caso de nuevos retrasos en el pago, si así lo solicitara aquélla.*

AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª Sentencia de 8 de julio de 2003

Ponente: Ilma. Sra. Doña Ana María Sánchez García.

En el suplico de su escrito de recurso, solicita la Sra. María Rosa que se mantenga la retención en la nómina del demandado, para evitar futuros incumplimientos y situaciones de desamparo similares a la que dieron lugar a la acción ejecutiva iniciada por la esposa.

Esta petición formulada al amparo del art. 90 CC. y de la jurisprudencia que lo interpreta, en este caso, entendemos que no debe acogerse por el hecho de tener el apelado una situación laboral y económica plenamente estable e identificada lo que facilitaría una nueva retención de su salario, en

caso de nuevos retrasos en el pago, si así lo solicitara la apelante

Por otra parte, consideramos que la actitud del demandado ha sido la de abonar la deuda en el momento en que ha tenido conocimiento, seguramente extrajudicial, de la interposición de la demanda, no constando que la esposa le haya requerido el pago de ninguna otra forma antes de acudir a la vía judicial.

Por todo ello estimamos pertinente confirmar el pronunciamiento que, en este sentido contiene la sentencia de instancia.

X. REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

1. *Es ganancial el crédito existente en una cuenta bancaria pues aunque su origen es un giro postal efectuado por los hermanos del marido, sin más especificación, ello no desvirtúa la presunción de ganancialidad del art. 1361 CC.*

AP VALENCIA, Sec. 10.ª, Sentencia de 18 de junio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina.

Las representaciones de ambas partes procesales interponen sendos recursos de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia número 9 de Valen-

cia el día 20 de diciembre de 2002, que determinó las partidas que componen el activo y el pasivo de la sociedad de gananciales integrada por los litigantes.

En primer lugar impugna el recurrente que se diga en la sentencia que el valor del vehículo es de 400.000 pesetas; sin embargo, esta apreciación del Juez “a quo” tiene su respaldo probatorio en la declaración del comprador del vehículo, consignada en el folio 198 de las actuaciones, y deberá tenerse en cuenta el valor actualizado de esta cantidad al haber sido enajenado sin el consentimiento de la actora.

También recurre el demandado la inclusión en el activo de un crédito contra él por importe de 12.034, 25 euros, por considerar que la cantidad depositada en la cuenta del Banco de Sabadell es de condición privativa; la prueba de esta naturaleza privativa del dinero no es suficiente para desvirtuar la llamada presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil, porque se reduce a un talón para el destinatario de un giro postal efectuado por los hermanos del demandado (folio 124), sin más especificación. Igualmente alega el demandado la condición privativa de la embarcación vendida por él el día 28 de julio de 1999 porque fue adquirida en 1974 a dos personas que eran cotitulares de la misma, a una a título de donación, y a la otra, a título de compraventa por 30.000 pesetas obtenidas con la venta de una barca adquirida con anterioridad al matrimonio; ninguna prueba existe de esta procedencia privativa del dinero invertido en la compra, y la que se ha practicado para probar la donación, la declaración de la testigo Diana, es notoriamente insuficiente para acreditar la realidad y condiciones de la pretendida donación; por otro lado, y con relación a las participaciones de la sociedad “[...]”, aunque consten figuren a nombre de uno y otro cónyuge, el artículo 1361 del Código Civil impone su consideración ganancial al no haberse probado que se adquirieran con dinero privativo; y por último la existencia del ajuar doméstico fue afirmada

por el propio demandado en la vista (folio 197), aunque alegara el carácter privativo de alguno de los bienes.

Por su parte, la actora interesa se reconozca que el crédito de la sociedad contra el demandado por la cantidad de dinero retirada del Banco de Sabadell comprende los intereses que se obtienen en el mercado del dinero desde la fecha de la disposición, el día 25 de febrero de 2000 hasta la de la liquidación de la sociedad; esta petición, que por cierto no se refirió a los intereses de mercado en el momento en que se formuló en la diligencia de inventario, no puede aceptarse porque el precepto que ampara la inclusión en el activo de estas cantidades, el artículo 1397.2.º del Código Civil, prevé que dicha inclusión deberá hacerse por el importe actualizado de los bienes, en este caso el dinero, al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento, que es precisamente lo que ha decidido la sentencia recurrida, y además, no se ha acreditado que el demandado obtuviera ningún rendimiento de la cantidad retirada, y por el contrario, afirmó en su declaración ante el Juzgado de Instrucción que “quemó” ese dinero (folio 106).

Solicita también la actora que se declare que forman parte del activo de la sociedad dos pólizas de seguro porque entiende que el demandado era tomador en las mismas y no asegurado antes del certificado de Mapfre de 28 de marzo de 2000 (folio 30); esta conclusión no puede extraerse de la redacción del mencionado certificado, y supone una presunción sin suficiente base, por lo que debe ser confirmado el pronunciamiento del Juzgado sobre esta cuestión.

De acuerdo con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede condenar a cada parte al pago de las costas de su recurso.

2. *Es competente el Juez de Primera Instancia que está conociendo del divorcio para la liquidación consensuada del régimen económico matrimonial, aunque haya precedido separación matrimonial.*

AP SEVILLA, Sec. 5.^a, Sentencia de 22 de julio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Herrera Tagua.

La cuestión analizada en la presente alzada, ha sido resuelta con anterioridad por esta Sala en el rollo 4612/02, autos 1278/01 del Juzgado de Primera Instancia núm. 17, y por otras Secciones de esta Audiencia Provincial, en concreto en el rollo 2083/03 de la Sec. Octava, en síntesis como señaló ya esta Sala, la cuestión que plantea el Juez a quo es referida a una cuestión de competencia, al entender que cuando se insta el proceso de divorcio ya no existe la sociedad de gananciales que se declaró disuelta en el proceso de separación, en tal caso el órgano jurisdiccional competente, efectivamente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 807 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, será el que conoció del proceso donde se declaró disuelta la sociedad de gananciales, es decir, en el presente proceso el órgano judicial que conoció de la separación, pero esta afirmación no es compartida por esta Sala, porque la cuestión en los términos que se plantea en los presentes autos no es idéntica, dado que dicha norma, se refiere al procedimiento para liquidación del régimen económico matrimonial en el ámbito que establece el artículo 806, es decir, en defecto de acuerdo de los cónyuges, se trata de un supuesto de controversia y las partes acuden al órgano judicial para que la resuelva, en el presente si existe dicho acuerdo y por tanto la liquidación no ha de someterse a dichas normas procedimentales, lo que están demandando

los cónyuges no es que resuelva la controversia entre ellos, porque no existe, sino que el juez apruebe el acuerdo sobre la liquidación de la sociedad de gananciales, elevándolo a público. El artículo 90.d) del Código Civil señala como uno de los acuerdos que puede contemplar el convenio, el referido a la liquidación del régimen económico del matrimonio, cuando proceda, lo que implica la existencia de un acuerdo entre los cónyuges sobre ese punto y que liquidan consensuadamente, por ello como ya señaló esta Sala, no existe obstáculo competencial para aprobar el convenio regulador incluya la liquidación de mutuo acuerdo de la comunidad ganancial, lo que conlleva que tal declaración suponga implícitamente que el acuerdo liquidatorio no contiene pacto alguno contrario a una ley imperativa, al interés o al orden público ni en perjuicio de tercero, así como que el documento que lo contiene alcance naturaleza de instrumento público. Y para efectuar esta declaración es competente el Juzgado que conoce de la demanda de divorcio ulterior al proceso de separación en el que se disolvió el régimen económico matrimonial, al no existir ningún obstáculo legal, y en base a razones de economía procesal y de justicia, evitando que las partes tenga que acudir a otro procedimiento, con los gastos que ello conlleva, cuando puede resolverse en el presente.

3. *Habiéndose concertado el préstamo por el esposo rigiéndose el matrimonio por el régimen de separación de bienes, carece de acción aquél para repetir contra su esposa en reclamación de la mitad de lo abonado al quedar acreditado que fue el esposo quien dispuso de la totalidad del capital prestado.*

AP ZARAGOZA, Sec. 4.^a, Sentencia de 25 de julio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Navarro Peña.

El actor, Sr. Jesús Carlos, recurre en apelación contra la mentada sentencia de primer grado, que desestima la demanda por él formulada contra la que fue su esposa, Sra. María Consuelo, en reclamación de la suma de 8.330,30 euros, correspondiente a la mitad de lo por él satisfecho, según alegaba, a la entidad financiera Banco N. para saldar la deuda resultante de la póliza de préstamo, que por importe de 1.491.627 ptas. concertaron con dicha entidad financiera ambos litigantes en el año 1989, constante su matrimonio, sentencia cuya revocación interesa por considerarla no ajustada a derecho al establecer indebidamente, por errónea interpretación de la prueba practicada e infracción del principio de carga de la prueba contenido en el art. 217 de la LEC, que dicha deuda era privativa del recurrente, careciendo éste de acción de repetición frente a la demandada.

Se rechaza tal motivo del recurso, con la consiguiente desestimación del mismo, y ello en atención a las siguientes consideraciones.

Son hechos relevantes para la resolución del presente recurso y que han quedado acreditados, bien por haber sido admitidos sin discusión por ambas partes, bien como resultado de la prueba practicada, los siguientes:

1. Los litigantes, que habían contraído matrimonio el 29 de abril de 1978, otorgaron el 18 de febrero de 1985 escritura pública de capitulaciones matrimoniales ante el Notario D. Ambrosio Aranda de Pastor, por las que adoptaban como régimen económico matrimonial el de separación absoluta de bienes, procediendo a la liquidación del patrimonio consorcial y adjudicación de los bienes a cada uno de ellos en la forma prevista en la estipulación segunda de dicha escritura.

Asimismo en la cláusula o estipulación cuarta de dichos capítulos se establecía lo siguiente: «Los bienes que en lo sucesivo se adquieran pertenecerán en propiedad exclusiva al cónyuge adquirente y su titularidad vendrá determinada, sin necesidad de otro requisito o posibilidad de prueba en contrario, por lo que resulte de la escritura notarial, de la póliza de contratación de valores, del documento privado en defecto del público, de la cuenta corriente, depósito o libreta o cualquier otra operación o documento bancario y, en definitiva, del contrato o documento que conforme a la legislación o práctica usual confiere la titularidad con independencia de su expresa o no la relación matrimonial», disponiendo la quinta que «en ningún caso, los bienes de uno de los cónyuges responderán de las deudas, obli-

gaciones y responsabilidades contraídas por el otro ni derivadas de cualquier actividad del mismo, aunque ésta redunde en beneficio de la familia, salvo el caso de que expresamente uno de ellos avale o afiance al otro.»

2. En fecha 31 de octubre de 1989 los hoy litigantes suscribieron como prestatarios con Solbank SBD, S.A. (Natwest March S.A.) póliza de préstamo por importe de 1.520.000 ptas., suma de la que dispuso en exclusiva en esa misma fecha el Sr. Jesús Carlos para la adquisición de un vehículo automóvil marca Opel Kadett matrícula H-... IW, que compró a la empresa ZAVISA, concesionaria de dicha marca, por el precio de 1.501.196 ptas., siendo inscrito a su nombre en el registro de la Jefatura Provincial de Tráfico de Zaragoza.

3. Debido al impago de cuotas de amortización del referido préstamo, la entidad Banco Natwest March, S.A., promovió contra ambos cónyuges autos de juicio ejecutivo por principal de 1.491.627 ptas., más 800.000 ptas. calculadas para gastos, intereses y costas, que se siguieron ante el Juzgado de Primera Instancia número Cuatro de los de esta ciudad con el número de registro 452 de 1992, siendo aquéllos declarados en situación de rebeldía, recayendo sentencia de remate de 21 de septiembre de 1992, por la que se acordó seguir adelante la ejecución despachada por dichas cantidades, haciendo frente el Sr. Jesús Carlos con sus bienes al total de la deuda contraída con la ejecutante, la que declaró haber percibido en su integridad el crédito que ostentaba, acordándose por dicho Juzgado, mediante proveído de 14 de enero de 2002, el archivo de los mentados autos.

4. Con fecha 1 de julio de 1993 el Juzgado de Primera Instancia número Cinco de

los de esta ciudad dictó sentencia en autos de juicio núm. 130/93, por la que se declaró disuelto, por causa legal de divorcio, el matrimonio de los litigantes por concurrir la causa prevista en el art. 86.3.^a, apartado a), del CC, al tener por acreditado el cese de la convivencia conyugal, mutuamente aceptada, desde 1989, en que se produjo su separación fáctica (FJ 1.^o de dicha sentencia).

De los anteriores hechos se evidencia de forma indubitada, que la deuda derivada de la referida póliza o contrato de préstamo, en cuanto a las relaciones internas entre ambos prestatarios, los hoy litigantes, no alcanzaba a la Sra. María Consuelo, ya que ha quedado debidamente probado que aquél fue concertado, rigiendo el régimen económico de separación absoluta de bienes, en interés sólo del hoy actor, Sr. Jesús Carlos, quien dispuso de la totalidad del capital prestado para la adquisición de un vehículo de su exclusiva propiedad, como lo evidencia la factura de compra emitida por Z. y el registro de la Jefatura Provincial de Tráfico de Zaragoza, prueba documental que acredita dicha titularidad según lo estipulado por ambas partes en la escritura pública de capitulaciones matrimoniales otorgada por los mismos y anteriormente referenciada, lo que determina, conforme a lo pactado en la estipulación quinta de dichas capitulaciones, que obliga a ambas partes según los arts. 1255 y 1258 del CC, así como lo dispuesto en el art. 1440 del CC, que el Sr. Jesús Carlos carece de acción para repetir contra su esposa en reclamación de la mitad de lo por él abonado al citado Banco para amortización del capital que le prestó, sin que esté facultado para ello en virtud de lo establecido en el art. 1145 del CC, ya que la Sra. María Consuelo no es en realidad codeudora suya.

XI. FILIACIÓN

1. *Estimada la demanda de reclamación de paternidad, no procede excluir del ejercicio de la patria potestad a la madre que se opuso a la estimación de aquélla.*

AP CÓRDOBA, Sec. 2.^a, Sentencia de 20 de octubre de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Ramón Verdugo Gómez de la Torre.

Seguido el juicio en todos sus trámites se dictó sentencia por el Magistrado-Juez, cuya parte dispositiva dice: Desestimo la demanda formulada por D. Manuel, sobre exclusión de la patria potestad contra Doña María Rosario, manteniendo la situación anterior a la interposición de la demanda.

Contra dicha resolución, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por D. Manuel, siendo parte apelada D.^a María Rosario y el Ministerio Fiscal y, recibidos los autos en esta Audiencia, se les dio el trámite establecido en la ley, estándose en el caso de dictar sentencia.

El motivo único del recurso interpuesto por D. Manuel denuncia error en la apreciación de la prueba y consecuente aplicación incorrecta de lo dispuesto en el art. 111 cc. que, a juicio del recurrente, es claro al determinar que, quedará excluida de la patria potestad y demás funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley respecto del hijo o de sus descendientes o en sus herencias, el progenitor: 2.^o) cuando la filiación haya sido judicial determinada contra su oposición.

Entiende el recurrente que el precepto es claro, por lo que su aplicación sólo depende de la prueba resultante en el procedimiento que acredite que la filiación haya sido judicialmente determinada contra la oposición del progenitor en cuyo ejercicio de la patria

potestad se intente excluir, y en el caso de autos de la prueba practicada se deduce la incorrecta aplicación del art. 111 cc. por el Juzgador a quo, no pudiéndose compartir el fundamento de Derecho 2.^o de la sentencia recurrida por.

A) oposición real y constante de la Sra. María Rosario al reconocimiento de la paternidad del actor; a) con negaciones relevantes y claras al oponerse primero al expediente registral para el reconocimiento de su paternidad, negar, después, en la demanda de paternidad todos y cada uno de los hechos, entre los que figuraban, sus relaciones sexuales al tiempo de la procreación, impugnar expresamente todos los documentos acompañados a la misma, incluso el expediente registral de reconocimiento de paternidad, negar el mantenimiento de una relación de pareja con el actor y oponerse a la admisión de la prueba pericial biológica recurriendo, incluso, en reposición la resolución que acordaba su práctica, y b) negaciones complementarias como que el Sr. Manuel le acompaña al Ginecólogo y que la ecografía de la menor aportada correspondiese a su hija, que D. Manuel realizara compras para la menor antes de nacer ésta y que recibiese llamadas telefónicas del actor interesándose por su gestación y posteriormente por su hija.

B) interpretación errónea por parte del Juzgado de la prueba obrante en autos. Así por el Juzgado se dice.

1.^o) que la demandada contestó a la demanda formulada en su día conformándose una vez practicadas las pruebas biológicas”.

Considera el recurrente que ello debe ser matizado pues la prueba biológica fue determinante al establecer la probabilidad de que el Sr. Manuel fuera el padre en un 99·93%, por lo que resulta obvio que ante resultado tan contundente ningún litigante debía impugnar dicha prueba, pero la Sra. María Rosario puso todos los impedimentos jurídicamente existentes para oponerse al procedimiento instado por el actor.

2.^o) que las partes reconocen la relación extramatrimonial llevada en la época de la menor”, lo que considerare el recurrente no es cierto, dado que tal reconocimiento sólo se produce en los presentes autos, no en el procedimiento de reconocimiento de paternidad, de en el que la Sra. María Rosario sólo admitió que se trataba de una amistad y que era improbable, por no decir imposible que el Sr. Manuel fuese el padre de Remedios.

3.^o) que una vez practicada la prueba biológica no se opuso ni recurrió la sentencia en 1.^a instancia y ello no ha sido contra la oposición de la demandada, la cual prestó en todo momento su disposición a que se practicasen las pruebas oportunas y una vez practicada la misma, manifestó su conformidad”.

Por el contrario, entiende el apelante que la Sra. María Rosario se opuso reiteradamente a la práctica de la prueba pericial biológica agotando todas las vías procesales existentes para ello.

4.^o) por último que, Doña María Rosario manifestó su conformidad, si bien, como señala la sentencia, habida cuenta de estar ante un proceso de orden público y no haber el allanamiento o transacción posterior, es por lo que se dictó la sentencia, con base a la cual accedía hoy el actor”.

Argumenta el recurrente que si la Sra. María Rosario no se hubiese opuesto al reconocimiento de la paternidad de su hija solicitado por el actor, hubiese prestado su conformidad a los hechos de la demanda del Sr. Manuel, y al proponer la práctica de la prueba pericial biológica debió haber apoyado dicha solicitud no presentando, como hizo, oposición a su práctica y posterior recurso de reposición contra su admisión.

En definitiva, la única conclusión a la que se puede llegar de todos estas actuaciones es la de que la Sra. María Rosario en el procedimiento de reconocimiento de filiación, puso todos los impedimentos para que el Sr. Manuel pudiese obtener el reconocimiento de su paternidad frente a su hija.

El detallado desarrollo argumental que efectuó la parte en el acto de la vista del recurso, obliga a la Sala a precisar que ciertamente algunos de los razonamientos del recurrente, en el plano estrictamente teórico, deberían ser admitidos. La doctrina científica ha coincidido al señalar en la exégesis de este precepto, que el art. 111 impone verdaderas sanciones civiles en nuestro caso en atención al comportamiento del progenitor en el proceso de determinación de la filiación, no conformándose con hacerlo necesario sino adoptando en el mismo una aptitud de oposición a la declaración. La ratio legis del precepto es, desde luego, eminentemente protectora del hijo, siendo que la interpretación de aquél debe realizarse sobre la base del conocido principio, favor filii” entendiéndose que ningún beneficio puede representar para el menor el establecimiento de la patria potestad y el ejercicio de las funciones tuitivas que a la misma son inherentes, por parte de quien jamás ha mostrado el menor interés por él, ni por determinar su filiación.

De ahí que doctrinalmente se defienda una interpretación del art. 111 cc de naturaleza más material que formal y que debió diferenciarse entre el demandado que teniendo dudas razonables sobre su paternidad se opone a la demanda en principio a la espera del resultado de las pruebas biológi-

cas que en el proceso se practiquen y el de quien manifiesta y exterioriza una evidente desidia o falta de interés por la filiación de su hijo o de mala fe obstaculice la justicia, no pareciendo justo tratar con el mismo rasero a todas las conductas procesales del demandado y tal como está formulado, parece atacar frontalmente la presunción de inocencia del art. 24.2 CE que el TC ha declarado reiteradamente no limitarse al ámbito estrictamente penal.

Ahora bien en el caso que se examina la conducta de la Sra. María Rosario en el juicio de determinación de filiación n.º 490/2001 aun siendo procesadamente legítima, no lo fue en los términos que se señalan en el fundamento jurídico 2.º de la resolución recurrida.

En efecto en primer lugar, como regla general, si el progenitor está dispuesta a admitir su paternidad o maternidad, no será menester entablar un proceso, porque la filiación podrá determinarse extrajudicialmente, a lo que la Sra. María Rosario se opuso.

En segundo lugar, es cierto que la doctrina, en particular la procesalista, niega eficacia con carácter general e indiscriminado a los allanamientos cuando se trata de procesos en que se discuten cuestiones concernientes al estado civil. No obstante esta doctrina es excesivamente rígida pues si la parte demandada se allana y aunque el allanamiento se repunte ineficaz, ello no acarrea la nulidad del proceso, sino que el actor tendrá que demostrar los fundamentos jurídicos y fácticos de su pretensión. En este caso probar la filiación reclamada no obstante el allanamiento. Y tampoco la nulidad del allanamiento postula que el demandado está obligado a defenderse, puesto que se admite la oposición puramente pasiva o negativa o incluso de admisión pare al de hechos y de la filiación condicionada al resultado de la prueba biológica, supuestos estos en que la ratio del art. 111 obstaría a su aplicación.

Supuestos estos que tal como se explicita en el recurso no serían aplicables a la conducta de la Sra. María Rosario que no sólo

negó todos los hechos e impugnó todos los documentos presentados, sino que también se opuso a la realización de la prueba biológica, siendo sólo tras el resultado de la misma cuando en el acto de la vista celebrado el 6-2-02 modificó sus pedimentos en el hecho de reconocer la paternidad, sin perjuicio de reservarse todas las acciones que le pudieran corresponder, conducta esta más encuadrable en el supuesto contemplado por la STS 2-2-99 (la exclusión se produce cuando el padre biológico no acepta su paternidad, no busca salir de dudas extrajudicialmente y demandado no se allana a la pretensión, bien que, como no podrá ser de modo acepta la decisión judicial tras seguir el proceso”, que en el de la STS 10-7-01 que precisa que dicho artículo sólo puede darse cuando a la determinación de la filiación se haya producido oposición del progenitor, oposición que ha de ser frente a lo que es evidente y al final resulta demostrado y ha de ser firme, sin poder identificarla con el derecho de defensa que a nadie puede negarse dentro de unos parámetros fundamentales seriamente, y en el supuesto allí contemplado las sentencias de instancia señalaban que demandante y demandado admitieron que en la época de la concepción del menor mantenían una relación sentimental y que el demandado no interesó más que una sentencia acorde con el resultado de la prueba biológica a cuya práctica se sometió, todo lo cual evidencia una actuación procesal sometida a sus principios que estaban muy lejos de originar la oposición de consecuencias sancionadoras en el orden civil del reseñado art. 111 cc.

No obstante lo anterior la Sala hace suyos los argumentos de la parte apelada y el M.F. en sus respectivos escritos e informes orales, oponiéndose al recurso en orden a no ser aplicable el art. 111.2 por no darse el supuesto fáctico que dicho precepto contempla.

En efecto el número 2 del art. 111 viene referido al supuesto de que, la filiación haya sido judicialmente determinada contra la oposición del progenitor a que se refiere el

párrafo primero del mismo, por lo que su aplicación requiere:

- a) El ejercicio de una acción de reclamación de estado y que la filiación haya sido legalmente determinada por sentencia.
- b) Que la determinación a la filiación se haya producido contra la oposición del progenitor; y
- c) Que la filiación que haya estado en discusión sea la relativa al progenitor que se opone.

No se cuestiona que la acción de reclamación puede ser entablada por cualquiera de los progenitores a fin de que declare su propia paternidad o maternidad, pero en este caso y aunque la sentencia estime la demanda, el progenitor demandado que se opuso no a su propia paternidad o maternidad, sino a la de la otra parte, no incurre en las sanciones del art. 111. Es necesario pues, que se trate de una acción dirigida contra el padre o la madre si estos se niegan a admitir la filiación y su propia paternidad o maternidad.

Avalan esta interpretación los precedentes del art. 111 en legislaciones próximas a la nuestra. En el derecho francés el art. 374.1 del Código Civil establece que cuando la filiación ha sido establecida judicialmente, o falta, por tanto, de reconocimiento voluntario, el tribunal puede decretar que el hijo se confíe provisionalmente a un tercero a quien se le encarga de organizar la tutela. La norma, lógicamente, se aplica únicamente si la filiación ha tenido que ser determinada a “padre” y a “madre” o si se trata de supuesto en que solo se ha podido determinar (siempre por vía judicial) la filiación paterna o materna.

En el Derecho portugués, la doctrina, interpretando sensu contrario el art. 1904 Código civil de 1966, estima que si ha sido necesario entablar una acción de investigación de la paternidad o de la maternidad ilegítima y el padre o la madre han sido vencidos en el juicio (y también si impugnaron infructuosamente su paternidad o maternidad, tanto legítima como ilegítima) no gozan del poder paternal.

Por último el borrador del Anteproyecto elaborado por la Comisión de Código que hubiese sido el art. 133 cc y que es el inmediato procedente del actual art. 111, decía así: “Cuando las relaciones sexuales a que obedezca presuntamente la paternidad tengan dado lugar a que el padre haya sido condenado por delito de violación, estupro y raptó y siempre que la filiación quede establecida contra la oposición del propio progenitor, éste quedara excluido de las funciones tuitivas y no ostentará derechos por ministerio de la ley frente al hijo o en su herencia”.

Es decir que todos estos precedentes están referidos siempre al progenitor que no acepte su propia paternidad (o maternidad y ésta tiene que serle impuesta judicialmente, y no al caso objeto del presente procedimiento.

En esta dirección la STS 23-7-87 que en un supuesto en que se pretendía extender el mandato del art. 111 a un supuesto caso en que el marido impugnó la paternidad al amparo del párrafo 1.º del art. 136 rechazó la aplicación analógica por cuanto, las sanciones del art. 111... han sido reputadas excesivas por un autorizado sector de la doctrina cuando existan dudas razonables sobre la paternidad cual las que existían en el caso antes de practicarse para disiparlas las concluyentes pruebas producidas en el juicio... La aplicación que se insta, trasladaría tal exclusividad entendiéndola a supuesto distinto de aquel al que está intimada por el legislador y al que inexcusablemente tiene que serle aplicada por su mandato sin poderse hacer discriminaciones acaso convenientes.

Criterio reiterado en la s. 11-05-95 que en su caso similar al anterior señaló que no existe la identidad de razón, que se plasma en el precepto cuya analogía se pretende, ya que en éste el legislador refirió los casos de aplicación a la sentencia penal, y a una filiación impuesta contra la voluntad del progenitor, siendo doctrina pacífica de esta Sala la exigencia de ciertos requisitos para que pueda darse la analogía:

- a) Que la norma no contempla un supuesto específico, pero sí otro semejante.
- b) Que entre ambos se aprecia identidad de razón.
- c) Que no se trate de leyes penales, ni sancionadoras con pérdida de derechos (ss de 7-2- 84, 13-11-85, 20-1-87...)

La “ratio legis” de la norma o elementos de identidad, debe ser el que el legislador tomó en consideración para establecer la relación prevista, que es precisamente lo que se quiere parangonar con la situación no considerada, y por otra parte, las conductas tipificadas en el art. 111 cc. están consideradas por la jurisprudencia y por la doctrina científica mayoritaria, como leyes civiles sancionadas con pérdida de derechos, y por tanto incluidas en el ámbito restrictivo señalado en el n.º 2 del art. 4 cc. ya que el calificativo de “penal” que allí aparece, debe interpretarse extensivamente, comprendiendo en el mismo la “penalidad civil”, de que se hable en la disposición transitoria 3.^a del código, junto a la privación de derecho.

Pues bien entiende esta Sala que es diferente la, ratio legis del art. 111.2 en el caso de determinación de la filiación con la oposición de un progenitor que no ha admitido su propia paternidad, precepto de carácter punitivo que excluye, “ab initio” la patria potestad y que obedece a la salvaguardia del interés del hijo porque se atiende que dadas las circunstancias que han presidido la determinación de la filiación, esta en vez de dar lugar a una relación “bipolar” debe producir efecto en beneficio solamente del hijo, pero no de su progenitor, del supuesto objeto de análisis, madre que desde el nacimiento de la hija ha ostentado y ejercido la patria potestad de su hija y que se opone a la declaración de paternidad del actor, supuesto que más de “exclusión” sería de privación, de la patria potestad, pues excluir de la patria potestad a quien no la ejerció por no ser padre o madre declarado del menor, no equivale a privarle de la patria potestad, concepto que comporta haberla ejercitada incurriendo en causa suficiente. El derecho derogado por la

ley 13-5-81 distinguía entre privación y suspensión de la patria potestad. El régimen vigente a partir de dicha ley, tras establecer en el art. 169 las causas de extinción de la patria potestad, establece en el art. 170 la posible privación total o parcial de la potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, o dictada en causa criminal o matrimonial, añadiendo que en beneficio e interés del menor, los tribunales pueden acordar la recuperación de la patria potestad cuando hubiera cesado la causa que motivó la privación.

En este régimen pues, junto a la privación se instaura la figura de la exclusión del ejercicio de la patria potestad. Esta figura se impone por ministerio de la ley, no por sentencia, y eso es lo que pidió el demandante en su demanda y no le concedió el juzgado, pronunciamiento que debe ser confirmado en esta alzada.

En base a lo razonado la Sala considera inaplicable el art. 111.2 CC sin que la negativa de la demandada a la práctica de la prueba biológica, constituya, como se argumenta en el recurso, un ejercicio en contra del interés y beneficio del menor de la patria potestad y su comportamiento regresivo contra la menor, que justifique su exclusión de la patria potestad y demás funciones tuitivas.

En efecto debemos recordar, como principio rector en esta clase de procesos, ciertamente no deseables, en que se ven involucrados los hijos, la necesidad que los tribunales velen, prioritariamente y de modo decidido por los intereses de la menor que son sin duda, los más dignos de protección y que a veces quedan postergados en el entrecruzamiento de las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas en las que, en no pocas ocasiones, trascienden la insuficiencia de las mismas ante problemas y situaciones de hondo contenido ético y humano, tan peculiares de las relaciones propias del Derecho de familia.

De ahí la necesidad de que, para su mejor y más justo juicio, se deba acentuar sus casos como el presente el estudio y pondera-

ción de las circunstancias específicas de cada supuesto concreto para alcanzar de este modo la solución más razonable justa y equitativa en beneficio de todos y muy especialmente de los menores, cuyos intereses superiores deben presidir cualquier resolución al respecto en concordancia con nuestro derecho tradicional y actual, tanto en la reforma de 4-7-70 como en la de 13-5-81, en la que se acentuó ese principio fundamental del favor minoris consagrado ya solamente en el art. 39 CE, en la regulación de 11-11-87 y sancionado en Convenios Internacionales, Nueva York, y en la Convención de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la Naciones, resolución 20-11-89, en los que el interés superior del menor es también una constante plenamente afianzada, y de forma expresa en LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (art. 2, principios generales art. 11.2.^a).

En este sentido el TS. s. 31-12-96 ha tenido ocasión de observar que la privación de la patria potestad y lo mismo su exclusión, más que una sanción al progenitor incumplidor, implica una medida de protección al niño y, por ende, debe ser adoptada en beneficio del mismo, en cuanto a la conducta de aquél, gravemente lesiva de los intereses prioritarios del menor, se releve precisamente como

la más adecuada para la futura formación y educación de dicho sujeto infantil.

Pues bien en el caso que nos ocupa sin prejuzgar en absoluto cuál de los dos progenitores ha de asumir la guarda y custodia, lo que es objeto de discusión en el proceso especial 701/2002, lo cierto es la niña desde su nacimiento acaecido el 17-1-2000, ha vivido con la madre, destacándose en todos los informes remitidos, psicólogo Sr. José Enrique, psicólogo Sr. Cornelio y Equipo Psicosocial adscrito al Juzgado, que mantiene una estabilidad psicológica y una relación afectiva muy dependiente con la madre, que favorece un desarrollo psicológico, por lo que se puede concluir que la exclusión pretendida de aquélla de la patria potestad y demás funciones tuitivas y la correlativa atribución y ejercicio de ella padre no va a producirle beneficio alguno y por el contrario, evidente perjuicio en los intereses de la menor.

Dada la especial naturaleza de la cuestión debatida, con serias dudas de derecho en la interpretación de un precepto legal, art. 111.2, la Sala considera, que no obstante la desestimación del recurso, no procede especial imposición de las costas de la alzada, compartiéndose el pronunciamiento recaído en la instancia art. 394 y 398 LEC.

XII. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

1. *Se declara a la madre incurso en causa de privación de patria potestad y sólo es necesaria su audiencia en el expediente de adopción, en base a la enfermedad del sistema endocrinológico que padece que implica su falta de idoneidad para atender las necesidades de la hija.*

AP VALENCIA, Sec. 10.^a, Sentencia de 18 de junio de 2003.

Ponente Ilma. Sra. D.^a M.^a Pilar Manzana Laguarda.

Por la dirección letrada de la parte recurrente que representa los intereses de Francisca, madre biológica de la menor Mónica

nacida el 21 de octubre de 1998, se impugna la sentencia de instancia en cuanto ratifica la necesidad de la mera audiencia de los pa-

dres biológicos en el expediente de adopción promovido por la entidad pública.

Pues bien, a la vista del contenido del escrito de interposición del recurso contra la sentencia de instancia, sólo una lectura sesgada y parcial del informe emitido por el equipo psicosocial de los Juzgados de Familia, emitido en fecha 3 de octubre de 2002, así como de los razonamientos contenidos en la sentencia de instancia, puede llevar a la conclusión sin duda legítima pero interesada de que la causa de que se exija la mera audiencia a la recurrente lo constituye su enfermedad del sistema endocrinológico. No sólo ello sino muy especialmente la falta de tratamiento de dicha enfermedad en período de gestación, incrementando el riesgo

de su embarazo en la salud de la pequeña, la falta de recursos familiares, e inestabilidad laboral y de pareja, la desestructuración familiar, su limitada capacidad educativa con respecto a la menor, la escasa capacidad de reflexión, la falta de idoneidad en definitiva para garantizar la cobertura de las necesidades de Mónica. Y si bien resulta cierto la falta de ejercicio de la patria potestad sobre la pequeña no menos cierto es que la rápida intervención de la entidad pública en el presente caso evitó la puesta en peligro de su propia vida, lo que supone una constatación del incumplimiento del deber de velar por la misma.

Ello no obstante la desestimación del recurso, no procede hacer imposición de las costas de esta alzada.

2. *Se revoca la resolución administrativa y se declara la idoneidad de los cónyuges para ejercer la patria potestad en la filiación adoptiva, pues las limitaciones recogidas en el informe del Equipo Psicosocial respecto de la esposa pueden ser suplidas por las aptitudes del esposo, como ocurre en la filiación natural.*

AP VALENCIA, Sec. 10.^a, Sentencia de 1 de julio de 2003.

Ponente: Ilma. Sra. Doña María Pilar Manzana Laguarda.

Por la letrada habilitada por la Generalitat Valenciana se interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia que estimando la demanda de adverso revocó la resolución de la Consellería de Bienestar Social de fecha 29 de octubre de 2001 en la cual se declaraban inidóneos para el ejercicio de la patria potestad en la filiación adoptiva al matrimonio formado por Juan María y Lorenza. Basa fundamentalmente su recurso en la inadecuada motivación para acudir a la adopción de ambos cónyuges y las limitaciones de la Sra. Lorenza en el ámbito educativo pero con sustrato psicológico revelador de cierta inmadurez personal.

Pues bien, el artículo 176.1 del Código Civil establece que la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad del adoptante o adoptantes para el ejercicio de la patria potestad; en su apartado segundo el referido artículo establece que para iniciar el expediente de adopción es necesaria la propuesta previa de la entidad pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha entidad pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad; requisito de la idoneidad del adoptante que fue introducido por la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 15 de enero de

1996, aunque con anterioridad ya aparecía en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, y que constituye una medida establecida a favor del menor adoptando que supone una garantía para el mismo en la medida en que un organismo público valora de forma imparcial las aptitudes de sus padres para proceder a su adopción.

Es evidente que a través de la adopción, máxime si se trata de adopción internacional, la situación del menor previsiblemente va a ser mejor que la preexistente, pero también resulta evidente que el interés del menor exige también el control de las aptitudes de sus adoptantes para el ejercicio de la patria potestad; la apreciación de la aptitud o ineptitud de una persona, o como sucede en el presente caso, de unos cónyuges, para el ejercicio de la patria potestad en una filiación adoptiva obliga a realizar un difícil juicio en un momento en el que normalmente las personas afectadas, aspirantes a adoptar a otra, no han tenido oportunidad de demostrar en la práctica sus dotes para ser padres, lo que unido a la difícil o imposible previsibilidad de los comportamientos humanos, obliga a una cuidadosa valoración de las circunstancias concurrentes, expresadas en los informes sociales y psicológicos que figuran en la causa. En todo caso ha de estarse la inexistencia de causas excluyentes de la adopción considerando como tales aquéllas que objetivamente van a determinar un pronóstico desfavorable a la adopción.

Del informe del equipo psicosocial se desprende el que ambos esposos mantienen una relación estable de pareja, durante los casi nueve años de matrimonio no se les ha conocido crisis alguna de pareja que haga cuestionar la continuidad de la misma, por su parte provienen de medios familiares cohesionados en los que se valora el modelo parental recibido basado en el trato afectuoso y la transmisión de valores favorecedores de la convivencia social. En cuanto al estilo

y aptitudes educativas “ El Sr. Juan María evidencia criterios educativos bien definidos que es capaz de trasladar a la práctica, proponiendo estrategias eficaces y congruentes con sus planteamientos para resolver los hipotéticos problemas de educación y crianza que se le formulan en la entrevista. Sus respuestas reflejan un estilo educativo inductivo, basado en el diálogo y en la estimulación de la autodirección del niño mediante la reflexión y la exposición a las consecuencias de su conducta. Es consciente de la importancia del modelado, el refuerzo social y de la consistencia en la actuación disciplinaria, pero no es partidario de métodos punitivos. El planteamiento educativo de la esposa aparece formulado con menos precisión, si bien de sus manifestaciones se desprende que ambos coinciden en cuanto a brindar apoyo afectivo y pautas de conducta. Cuando estas ideas se concretan en posibles actuaciones cotidianas, sin embargo, las respuestas de la Sra. Lorenza evidencian una tendencia a mostrarse permisiva y proteccionista. Tiene pocos recursos para manejar posibles problemas de crianza o de conducta, ofreciendo generalmente como única alternativa al respecto la búsqueda de apoyo profesional.”. Y en cuanto a las actitudes respecto a la adopción “se aprecia una evolución favorable respecto de las actitudes recogidas en el informe emitido por los técnicos de la Consellería de “, “ se aprecia en los examinados una evolución positiva que han adoptado una postura más abierta y han tomado conciencia de algunas particularidades de la paternidad adoptiva”.

La Sala participa junto a la juzgadora de instancia de que las limitaciones de la esposa de existir en la práctica pueden perfectamente ser suplidas por las aptitudes del esposo, lo que es en definitiva lo que ocurre en la filiación natural, siempre que como en el caso de autos la pareja esté perfectamente cohesionada. No apreciándose datos negativos que tengan el carácter de excluyentes en los esposos procede mantener la resolución recurrida en la medida en que los declara idóneos para la adopción.

3. *Se declara a la madre incurso en causa de privación de patria potestad sin posibilidad de recuperación aunque hipotéticamente desaparecieran las causas que la motivaron, dado el tiempo transcurrido al estar integrado el menor en la familia adoptiva.*

AP SEVILLA, Sec. 5.^a, Sentencia de 23 de julio de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Conrado Gallardo Correa.

En el caso de autos, el que hayan desaparecido las causas que impedían a la apelante cumplir los deberes inherentes a la patria potestad y que, en su día, provocaron el que se le suspendiera de la misma y se procediera al internamiento de sus hijos y a la constitución del acogimiento familiar, plantea serias dudas a la vista de los informes obrantes en autos y del poco tiempo transcurrido desde que se constituyó judicialmente el acogimiento familiar preadoptivo por auto de 3 de mayo de 2001, resolución en la que se seguía apreciando la falta de responsabilidad de la madre para ejercer la patria potestad. Pero es que incluso en el supuesto de que hipotéticamente considerásemos acreditada la desapa-

rición de las causas que motivaron esas decisiones, tal circunstancia habría sucedido de forma tardía, produciéndose actualmente una situación de hecho en la que han transcurrido más de siete años sin que el hijo menor, que ya cuenta con dieciséis años, haya tenido apenas contacto con su madre biológica, de modo que el mismo se encuentra desarraigado de su familia biológica y plenamente integrado en la adoptiva. Esta es la situación que resulta de los informes y pruebas obrantes en los autos y a la vista de todos estos datos es obvio que el bienestar del menor no permite que se pueda otorgar la rehabilitación a la madre a los efectos considerar vinculante su asentimiento en la adopción.

4. *La guardadora de hecho tiene legitimación para oponerse a la declaración de desamparo acordada por la Administración, desestimando asimismo el desamparo al no apreciarse causas graves en el cumplimiento de las obligaciones de aquélla.*

AP VALENCIA, Sec. 10.^a, Sentencia de 9 de septiembre de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Esparza Olcina.

La Generalitat Valenciana interpone recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia número 8 de Valencia el día 26 de febrero de 2003,

que estimó la demanda formalizada por la representación de la tía materna del menor Pedro Enrique, de 9 años de edad, contra la resolución dictada por la Directora Territo-

rial de Bienestar Social el día 14 de marzo de 2002, acordó declarar al menor citado en situación de desamparo.

Plantea en primer lugar la entidad pública que la recurrente carece de legitimación para oponerse a la declaración de desamparo al no ostentar la patria potestad del menor; en efecto, consta en las actuaciones que en el momento en el que se dictó la decisión administrativa que ahora se impugna, la actora ostentaba la condición de guardadora de hecho del menor; dicha condición le atribuye un interés legítimo para impugnar la declaración de desamparo, de acuerdo con el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pues en definitiva se le imputa como justificación del desamparo el incumplimiento de los deberes de protección que asumió al hacerse cargo de su sobrino, de acuerdo con el artículo 172.1 del Código Civil; además, como ha dicho el Tribunal Constitucional en su sentencia de 20 de mayo de 2002: En lo que interesa a este recurso de amparo, hemos declarado en relación con el desarrollo de procedimientos de oposición a la declaración de desamparo, de acogimiento y de adopción, que “en este tipo de procesos civiles se encuentran en juego derechos e intereses legítimos de extraordinaria importancia... tanto los del menor, como los de sus padres biológicos y los de las restantes personas implicadas en la situación, que son intereses y derechos de la mayor importancia en el orden personal y familiar, que obligan a rodear de las mayores garantías los actos judiciales que les atañen” (STC 114/1997, de 16 de junio, FJ 6; en el mismo sentido STC 298/1993, de 18 de octubre, FJ 3). Es lógico, pues, que “dada la extraordinaria importancia que revisten estos intereses y derechos en juego en este tipo de procesos, se ofrezca realmente en ellos una amplia ocasión de alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusividad... pues lo trascendental en ellos no es tanto su modo como su resulta-

do” (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2). En este sentido no puede dejar de traerse a colación la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el día 30 de noviembre de 1990, que prevé que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres “se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones” (art. 9.2). En consecuencia, la recurrente tiene legitimación para impugnar la resolución de 14 de marzo de 2002.

Para la resolución de la cuestión de fondo objeto del presente recurso de apelación, es decir, si el menor se encontraba o no en situación de desamparo, debe tenerse en cuenta el resultado del informe elaborado por el Equipo Psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de Valencia, que figura en los folios 374 y siguientes de las actuaciones; en dicho informe se contienen datos críticos con la recurrente, pero no son de tanta intensidad como para servir de base a una declaración de desamparo, que, a tenor del artículo 172.1 del Código Civil, sólo procederá cuando el menor esté privado de la necesaria asistencia moral o material como consecuencia del incumplimiento de los deberes de protección; en efecto, en el informe se dice que Pedro Enrique no evidencia en conjunto una vivencia negativa de la experiencia de convivencia con sus tíos maternos (folio 381), y que aunque su relación personal con el señor Juan María ha sido pobre, se aprecia una mayor vinculación con la demandante; se dice (folio 377) que en el caso de la señora Leonor, Pedro Enrique ofrece una imagen muy positiva, evidenciando que se ha sentido querido y atendido por ella; en el ámbito de la asistencia material, el menor sólo revela algunas deficiencias menores (folio 378), y no manifestó trabas para relacionarse con su progenitor ni imputa a sus guardadores de hecho un trato discriminatorio respecto de su prima; en consecuencia, aunque la situación de guarda de hecho por la demandante no es la idónea con carácter

definitivo, no puede decirse que la apelada haya incumplido sus obligaciones hasta el extremo de dejar a su sobrino en un estado que justifique su declaración de desamparo y su sometimiento a un acogimiento residencial; esta conclusión no se ve desvirtuada por la manifestación de la actora consignada en el informe pericial en relación con su im-

posibilidad para hacerse cargo de él, porque la actora no ha desistido de la impugnación planteada y además, tal afirmación no puede desconectarse de la que expresa el deseo de la familia extensa materna de formalizar el acogimiento a favor de la abuela materna del menor (folio 382), y en conclusión, no es base suficiente para acordar su desamparo.

XIII. TEMAS PENALES

1. *Absolución del delito de revelación de secretos a la esposa que cogió varios documentos relativos a la actividad profesional del esposo que se encontraban en el despacho del mismo ubicado en una habitación del mismo domicilio, a los efectos de presentarlos en el procedimiento matrimonial para acreditar la situación económica de aquél.*

AP SEVILLA, Sec. 1.^a, Sentencia de 14 de noviembre de 2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pedro Izquierdo Martín.

En la sentencia de instancia se recogen los siguientes hechos Probados: “Doña..., mayor de edad y sin antecedentes penales, ha convivido con su esposo en el domicilio familiar. Tras producirse una situación de crisis familiar que dio lugar a los autos y separación matrimonial, promovió a instancias de la esposa, sin que el esposo residiese ya en el domicilio conyugal, la citada acusada cogió varios documentos que se hallaban en una habitación del mismo domicilio —distinto del profesional que se hallaba en la calle... según consta en el Impuesto de Actividades Económicas— relativos al ejercicio profesional de la abogacía y a su situación económica, entregándolos a quienes ostentaban su representación en el referido procedimiento judicial, a los efectos de acreditar los ingresos reales del marido, presentando escrito de fecha 30 de abril de

2001 solicitando la admisión de aquéllos como prueba documental.

La acusada no pretendió con tal acción hacer pública la intimidad o contenido de los documentos citados, sino únicamente acreditar la situación económica del marido durante el matrimonio —en el que existía régimen económico de gananciales— a los efectos de fijación de la correspondiente pensión.

Se interpone recurso por D. Manuel alegando error en la apreciación de la prueba e infracción de precepto legal por inaplicación del artículo 1971 y 3 del Código Penal.

El Juzgador a quo para formar su convicción, en virtud de la cual ha dictado un pronunciamiento de absolución, ha tenido en cuenta las declaraciones de la acusada y las

manifestaciones del recurrente, así como la documental aportada.

Como ya se ha dicho en otras ocasiones, cuando se trata de la valoración de las pruebas personales resulta esencial la inmediatez, de modo que el Juez que preside el juicio y ve y escucha directamente a las partes, que declaran ante él respondiendo a preguntas contradictorias de las partes, es quien está en mejores condiciones para valorar su credibilidad y para obtener de ella su convicción sobre lo sucedido. También se ha reiterado que en esa función resulta muy difícil la sustitución de tal convicción por la que pueda formarse, sin presenciar prueba alguna, el Tribunal de apelación, quien sólo cuenta con la reseña sucinta que se hace en el acta de lo sucedido durante el juicio y que dispone, pues, de menores elementos de juicio sobre lo que realmente dijeron los declarantes y, en especial, de cómo lo dijeron. Por ello, cuando en el recurso se combate la apreciación de la prueba practicada, la función del Tribunal de apelación tiene que limitarse, por lo general, a examinar la regularidad procesal y validez de la prueba practicada, el apoyo probatorio que tienen las afirmaciones que se recogen en la misma.

No habiéndose practicado prueba alguna en esta alzada no hay motivos para modificar el relato de hechos declarados probados, por lo se debe partir de los mismos para determinar si concurren o no los requisitos del tipo imputado. La cuestión es ciertamente compleja por los intereses en conflicto afectados sin que desde luego pueda generalizarse la respuesta que se dé al mismo. Serán pues esenciales las particulares circunstancias que han concurrido en los hechos enjuiciados en cuanto sólo las mismas podrán, en su caso, fundamentar la no aplicación a la conducta imputada del precepto penal interesado.

Como se refiere en la STS 1099/1999 de 24 de junio “.. la persona es el centro de todo el Derecho. La persona como ser humano, tiene ciertos aspectos o manifestaciones inherentes a la misma, y especialmente

trascendentes e íntimos, tanto físicos —vida, integridad física— como morales —honor, intimidad, imagen—. A estos aspectos o manifestaciones el Derecho los considera intereses dignos de protección y el ordenamiento jurídico concede un poder a la persona, como sujeto de derecho para autoprotección de aquéllos, es decir, derechos subjetivos, que son llamados derechos de la personalidad, los cuales —Sentencia Tribunal Constitucional de 14 de julio de 1981— son derechos fundamentales reconocidos por la Constitución..”. Debe pues rechazarse una interpretación restrictiva de la expresión personas empleada en el artículo 103 de la L.E.CR. para delimitar las infracciones penales que están legitimados los cónyuges para ejercitar la acción penal entre sí. El término persona ampara todo el grupo de bienes y derechos personalísimos inherentes a la misma, por lo que, como se ha expuesto, a los bienes jurídicos vida, e integridad física, necesariamente han de sumarse todos aquellos que la doctrina y jurisprudencia señalan como núcleo duro de aquéllos, entre otros, la intimidad, en tanto inherentes a la dignidad e indispensables para el libre desarrollo de la personalidad.

Por otro lado hay que tener en cuenta que si bien el artículo 197 se ubica en el capítulo 1 del Título X del Libro Segundo del Código Penal, bajo la rúbrica de “Del descubrimiento y revelación de secretos”, lo cierto es que en el mismo se tutela dos distintos bienes que son objeto de la protección jurídico-penal: la salvaguarda de los secretos propiamente dichos y, aparte, la intimidad de las personas, viniendo a representar este tipo penal una especie de desarrollo sancionador a las conductas que vulneren el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones consagrado en el art. 18 C.E. como parte integrante del derecho a la intimidad personal del individuo (STS 1641/2000, de 23 de octubre). Partiendo de este presupuesto, la “dimensión familiar” de la intimidad, en palabras de la STS 872/2001, de 14 de mayo, no autoriza en

modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que, a toda persona otorga el art. 18 C.E., tanto en el ámbito individual como en el familiar de su existencia. Se trata de derechos básicos del ser humano que proscriben la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio...". Esta realidad consagrada en el art. 18 C.E. tiene su correspondiente reflejo en el art. 197 C.P. donde el sujeto activo del tipo es "el que" realice alguna de las acciones típicas, es decir, cualquier persona, sin distinción y sin excepción; y donde el sujeto pasivo es "otro", quienquiera que sea este otro, sin exclusión alguna, siendo singularmente significativo que en el Código Penal vigente haya desaparecido incluso la dispensa penal que favorecía a padres o tutores respecto del descubrimiento de secretos de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia que figuraba como excepción en el art. 497 C.P. de 1973, todo lo cual evidencia que ningún tipo de relación paterno-filial, matrimonial, contractual, ni de otra clase, ni las incidencias o vicisitudes que puedan surgir en su desarrollo, constituye excusa absolutoria o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma penal.

No obstante, como antes se ha expuesto, hay que examinar las particulares circunstancias que han concurrido en los hechos enjuiciados por si de las mismas resulta que la conducta denunciada no integra todos los requisitos del tipo.

No ofrece duda a esta Sala que la finalidad perseguida por la acusada al coger do-

cumentos del recurrente de una dependencia del domicilio familiar, habilitada para el ejercicio de una actividad profesional con repercusión económica en la sociedad de gananciales de la que también era titular la acusada, ha sido la de acreditar su situación económica durante el matrimonio a los efectos de fijación de la correspondiente pensión, aportándolos a un procedimiento que, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional 88 de la Ley 30/1981 de 7 de julio, no tiene el carácter de público.

Si además tenemos en cuenta que, como sostiene el Juez de Instancia, los documentos están estrechamente relacionados con la referida actividad profesional y la situación económica en general del recurrente que tampoco consta estuviera desvinculada de la sociedad común, por las particulares circunstancias del lugar del que fueron cogidos los documentos y el destino de los mismos, puede entenderse que más que datos íntimos del denunciante en sentido estricto nos encontramos, como se sostiene en la S. 77/1999, de 2 de marzo de la AP de Málaga, ante datos de contenido predominantemente económicos, con la incidencia que tiene esta consideración en la calificación jurídica de los hechos.

No es que pueda entenderse relativizado el derecho a la intimidad en el sentido que cualquier controversia que se suscite en el marco de un procedimiento matrimonial permita una injerencia en el ámbito de la privacidad, que también es extensiva aspectos relacionados con la actividad profesional, pero, por las razones expuesta, en el caso enjuiciado puede entenderse que resulta desdibujado el elemento subjetivo del injusto hasta el extremo que no puede considerarse injustificado el pronunciamiento de absolución dictado en la instancia, por lo que el recurso debe ser desestimado.

RESOLUCIONES DE LA D.G.R.N.

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

1 FILIACIÓN

1.1. Ineficacia del reconocimiento efectuado por un español respecto del hijo de su esposa al no corresponder con la veracidad biológica.

RESOLUCIÓN de 23 de mayo de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil de M. el 10 de octubre de 2002 D.^a A.C., dominicana, vecina de S., nacida el 20 de agosto de 1980 en S.-República Dominicana, solicitaba la inscripción de su nacimiento por haber sido reconocida el 4 de septiembre de 1996 por el esposo de su madre, D.P.G.D., de nacionalidad española. Adjuntaba los siguientes documentos: acta de reconocimiento y legitimación por D.P.G.D. de la filiación paterna de la promotora el 4 de septiembre de 1996 efectuado en el Consulado de la República Dominicana en M.; respecto de ella: acta de nacimiento in extensa sin constancia de filiación paterna, certificación negativa de inscripción de nacimiento en el Registro Civil Central y copia de la tarjeta de residencia; respecto de su madre: certificación literal de nacimiento con anotación marginal de adquisición de la nacionalidad española por residencia el 1 de octubre de 1999 y certificado de empadronamiento; respecto de D.P.G.D.: certificación literal de nacimiento y copia del DNI; respecto de los dos últimos: certificación literal de matrimonio celebrado el 6 de julio de 1992

en M.; y respecto de todos ellos: certificado de empadronamiento conjunto en el que constaba también como inscrito M.-E.G.C. nacido el 26 de septiembre de 1986.

- Visto lo solicitado, se dio traslado al Ministerio Fiscal para que informase sobre si estimaba suficiente el reconocimiento de paternidad obrante en el expediente a efectos de proceder a su inscripción en el Registro Civil o si, dado que se produjo durante la minoría de edad de la reconocida y no constando el consentimiento expreso de la madre, se reputaba necesario que se efectuase al igual ante el Encargado del Registro Civil. El Ministerio Fiscal, en virtud de lo establecido en el artículo 124 CC que exigía el consentimiento expreso del representante legal para el reconocimiento de un menor de edad, interesó el cumplimiento de dicho requisito al constar el consentimiento tácito de la madre de la promotora por estar presente en el acto del reconocimiento pero no constar su consentimiento expreso. Ante tal requerimiento, D.^ª V.-A.C. de la C., madre de la promotora, compareció para prestar su consentimiento expreso al reconocimiento paterno efectuado por su esposo en la persona de su hija A. ante el Vicecónsul de la República Dominicana en M. El Ministerio Fiscal no se opuso a lo solicitado, remitiéndose seguidamente el expediente al Registro Civil Central.
- El Juez Encargado del Registro Civil como diligencia que se oyese por separado a D. P.G.D. y a D.^ª V.-A. C. de la C., acerca de la fecha en la que se conocieron así como si él era realmente el padre biológico de los menores o si habían nacido antes de conocer a la madre y lo que realmente pretendía era otorgarles sus apellidos. En comparecencia, D.^ª V.A. C. de la C. manifestó que conoció a su esposo hacía mucho tiempo, se casaron en 1992 y hacía mucho tiempo que lo conocía, cuando le conoció ella ya tenía una hija llamada A., su esposo reconoció a sus hijos no siendo ninguno hijo biológico de él si bien los reconoció y les dio sus apellidos, viviendo sus hijos con ellos. Por su parte, D. P.G.D. manifestó que no recordaba la fecha de su matrimonio que fue hacía ocho o nueve años, conoció a V. en una fiesta pero no recordaba hacía cuántos años, cuando la conoció ella tenía una hija aunque no recordaba su nombre porque era un nombre raro, ella tendría unos 20 años y vivía con ellos, el otro hijo que tenían sí era suyo aunque fue a nacer al país de ella que era S.D., tenía 14 o 15 años y se llamaba M. G., vivía con su esposa, su hijo y la hija de su esposa en casa de sus padres y su esposa era de S. D.
- El Juez Encargado del Registro Civil dictó auto con fecha 10 de septiembre de 2002 denegando la inscripción de nacimiento de A. y M.-E. G. C., ya que por ambos se había manifestado que no eran hijos biológicos del Sr. G. D. sino que quería darles sus apellidos, siendo vulnerado el principio de veracidad biológica del CC en materia de determinación de la filiación de accederse a las inscripciones solicitadas que, si bien parecían obedecer al loable

deseo de obtener una mejor integración familiar, no era el cauce legalmente previsto, pudiendo acudir si lo deseaban a la constitución de adopciones, logrando una determinación de la filiación constitucionalmente equiparable a la biológica pero sin alterar la verdad material.

- D.^ª V.-A. C.C. de la C. presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado que fue desestimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Un nacimiento acaecido en el extranjero y que afecte a españoles puede inscribirse en el Registro Civil español sin necesidad de expediente, siempre que se presente la oportuna certificación de nacimiento del Registro extranjero y siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española (cfr. art. 23, II, L.R.C.).

En este caso hay graves dudas acerca de la legalidad del reconocimiento de la paternidad de un español. En efecto, el autor del reconocimiento ha declarado solemnemente por comparecencia ante el Encargado del

Registro que no es el padre biológico de la reconocida y que, cuando conoció a la madre, la hija de ésta ya había nacido y estas afirmaciones han sido corroboradas totalmente por la madre extranjera.

Teniendo en cuenta el principio de la veracidad biológica que informa sin duda la regulación del Código civil en materia de filiación el reconocimiento de paternidad reseñado no puede ser inscrito, lo que lleva consigo que el nacimiento en cuestión, como acaecido en el extranjero y por no afectar a ningún ciudadano español, no puede tener acceso a nuestro Registro.

1.2. Para que los apellidos de un menor coincidan con los apellidos de los hijos que nacieron tras contraer la madre matrimonio, es ineficaz el reconocimiento de complacencia efectuado por el esposo.

RESOLUCIÓN de 3 de junio de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil de M. el 18 de julio de 2002 D.^ª S. A P., de nacionalidad peruana, solicitaba la inscripción de nacimiento fuera de plazo de su hija B.-E.T.A., nacida el 13 de mayo de 1992 en H.-Perú, por haber sido reconocida por su cónyuge D. J.M.G., de nacionalidad española, debiendo constar, por tanto, con los apellidos M.A. Adjuntaba los siguientes documentos: respecto de la menor: acta de nacimiento en la que constaba como hija de J.-R.T.R. de nacionalidad peruana con anotación marginal de reconocimiento materno por la promotora el 31 de diciembre de 1993;

respecto de la promotora copia de la tarjeta de residencia; respecto de D.J.M.G.: certificación literal de nacimiento, reconocimiento notarial de la menor con atribución de apellidos, autorización para que la promotora realizase los trámites de reconocimiento y copia del DNI; respecto de ambos, certificación literal de matrimonio contraído el 19 de noviembre de 1999 en M.; y respecto de todos ellos: empadronamiento conjunto.

- Remitidas las actuaciones al Registro Civil Central, el Juez Encargado del mismo dictó acuerdo con fecha 28 de octubre de 2000, denegando la inscripción de nacimiento solicitada ya en la inscripción de nacimiento peruana aportada aparecía la menor inscrita con una filiación paterna determinada y el artículo 50 LRC establecía que no podía extenderse asiento contradictorio con el estado de filiación probado por el Registro mientras no se dispusiese otra cosa por sentencia firme dictada en juicio declarativo con audiencia del Ministerio Fiscal.
- Notificada la resolución al Ministerio Fiscal y a la promotora con pie de recurso ante la Audiencia Provincial, ésta presentó recurso ante dicha instancia judicial alegando que en la inscripción de nacimiento de la menor no existía ningún reconocimiento filial paterno, sólo constaba marginalmente el reconocimiento materno pasado más de un año y siete meses del nacimiento de la niña y sólo figuraba el nombre del declarante, persona ajena a los progenitores, sin figurar firma o huella digital del padre, teniendo la madre la patria potestad absoluta.
- Visto el escrito de recurso, el Juez Encargado del Registro Civil Central dictó providencia el 10 de enero de 2003 para el emplazamiento de los apelantes para interposición del recurso en la forma señalada en los artículos 458 y ss. LEC. La promotora aportó informe sociofamiliar sobre la menor como apoyo a su recurso emitido por los servicios sociales del Ayuntamiento de Móstoles en el que se hacía constar la convivencia de la misma con la promotora, su cónyuge español y un hijo de ambos nacido el 2 de abril de 2001, que siempre había vivido con su madre estando integrada en la unidad familiar formada por su madre y considerando a su esposo su padre, a la madre se le había concedido recientemente la nacionalidad española por residencia, adjuntándose copia de la notificación de la concesión de la misma, considerándose por ese servicio que era muy importante para el desarrollo psicológico de la menor que tuviera los apellidos de su hermano dado que había encontrado en el esposo de su madre la figura paterna aseguradora que siempre había deseado y echado en falta, teniendo gran vulnerabilidad y depresión por su sensibilidad debido a su situación e historia. Seguidamente, se presentó nuevo escrito de recurso ante la Audiencia Provincial en el que se argumentaba nuevamente que no existía reconocimiento paterno en la inscripción de nacimiento de la menor y que la Corte Superior de Justicia autorizó el viaje de la menor el 19 de abril de 1996 sin

necesidad de consentimiento paterno, desde que la promotora se casó con su esposo su hija le llamó padre porque anteriormente nunca vio la imagen de un hombre cuando vivía con ella de soltera, la niña tenía problemas de depresión, su esposo a petición de la menor y por el amor de padre que nació en él hacia su hija la reconoció queriendo que en adelante llevase sus apellidos, fruto de su matrimonio tenían dos hijos de 22 y 2 meses y la niña se sentía rechazada por no estar inscrita en el libro de familia junto a ellos, ella había obtenido la nacionalidad española y siendo familia numerosa con tres hijos no podían inscribirse como tal en la Comunidad de Madrid-Protección de Familias Numerosas porque los tres niños deberían estar inscritos en el Libro de Familia, adjuntando como nueva documentación la autorización de viaje de la menor bajo la responsabilidad de su madre y Libro de Familia.

- Notificada la resolución a la promotora y al Ministerio Fiscal, éste interesó la confirmación del acuerdo de 28 de octubre de 2002 por sus fundamentos. El Juez Encargado del Registro Civil confirmó la resolución apelada remitiendo el expediente a la Dirección General de los Registros y del Notariado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Un reconocimiento de la paternidad no matrimonial otorgado por un español respecto de una menor de edad nacida en el extranjero requiere, para ser inscribible, además de las formalidades y condiciones de los artículos 120 y 124 del Código civil, que el reconocimiento de la paternidad no contradiga otra filiación paterna inscrita cuando en el caso la reconocida esté ya reconocida por otro varón, sin que éste sea el momento para decidir acerca de la eficacia o ineficacia de esta primera filiación paterna, que no ha sido suprimida del Registro peruano.

Además, de los datos que se infieren del recurso y del informe que se acompaña de

los Servicios Sociales del Ayuntamiento de M. resultan claros indicios para deducir que nos encontramos ante un reconocimiento de complacencia en el que el autor del reconocimiento no es el verdadero padre biológico de la reconocida, sino que sólo quiere en realidad conceder a ésta su apellido con el fin de que coincidan los apellidos de la misma con los que tienen atribuidos dos hijos matrimoniales de la pareja, casada entre sí en 1999. Obviamente la vía legal apropiada para conseguir este resultado es que el marido adopte a la hija de su consorte, sin ruptura de los vínculos jurídicos con la madre biológica.

2. MATRIMONIO

2.1. *Al considerarse que existen nuevos hechos de los que se deduce la existencia de consentimiento matrimonial ya que los cónyuges conviven juntos, se admite la inscripción de un matrimonio que inicialmente había sido denegada por el Cónsul.*

RESOLUCIÓN de 24 de junio de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil de Figueras el 31 de mayo de 2002, D. José María, divorciado, español, nacido el 6 de marzo de 1961 en Dalías, solicitaba la inscripción de su matrimonio con D.^a Ivi Margarita, soltera, dominicana, nacida el 6 de junio de 1961 en La Llanada-República Dominicana, celebrado el 23 de diciembre de 2000 en Villa Isabela -República Dominicana. Adjuntaba los siguientes documentos: acta del matrimonio cuya inscripción solicitaba; respecto de él: certificación literal de nacimiento, certificación literal de matrimonio anterior con anotación marginal de divorcio, certificado de empadronamiento expedido el 21 de noviembre de 2001 y copia del DNI; y respecto de ella: extracto de acta de nacimiento, certificado de empadronamiento en la misma dirección expedido el 20 de mayo de 2002 y copia del pasaporte.
- Ratificados los interesados, se celebró el trámite de audiencia reservada en el que la contrayente declaró que se conocieron en diciembre de 1999 en Barcelona en una reunión de amigos comunes, ella estaba de vacaciones y se quedó hasta octubre de 2000, en marzo de ese año se fueron a vivir juntos y en octubre ella se fue a su país a preparar la boda, se casaron allí por su familia y porque tenía dos hijos, él tenía dos hijos llamados Jordi y Tania, Jordi vivía en Girona porque había encontrado trabajo y Tanya con su madre e iba los fines de semana, ella tenía dos hijos de 15 y 12 años, él trabajaba en la Renault como chapista y nació en Andalucía el 6 de marzo de 1961, no pareciendo existir ningún obstáculo para la celebración del matrimonio que sería contraído libremente intentando fundar una familia y sin que el motivo fuese beneficiarse de las consecuencias legales de la institución matrimonial.
- Por su parte, el contrayente manifestó que conoció a su mujer en Barcelona porque estaba de vacaciones con unos parientes que él conocía, él se quedó

allí y a los pocos meses se fueron a vivir juntos, en verano de 2000 ella se fue a su país porque él aún no tenía el divorcio y ella tenía que arreglar sus papeles y decidieron casarse allí porque ella tenía allí su familia y a sus dos hijos de 14 y 12 años que, de momento, no iban a venir a España, ella trabajaba como cajera en su país y nació el 6 de junio de 1961. Remitido todo lo actuado al Registro Civil Central y constando en el mismo que el Consulado General de España en Santo Domingo había denegado ya el matrimonio por resolución de 9 de abril de 2002, se requirió copia de la misma. Recibida la citada resolución denegatoria por decisión del contrayente español que según sus palabras ante el Registro Civil de Figueres se sentía defraudado y pensaba divorciarse en el futuro, tratándose de un negocio simulado con objetivos económicos y migratorios irregulares, el Juez Encargado del Registro Civil dictó providencia el 17 de febrero de 2003 inadmitiendo a trámite la solicitud por haberse denegado ya la misma por el Consulado sin que se hubiese revocado la anterior resolución ni se hubiesen aportado documentación o hechos nuevos que desvirtuasen lo acordado en la misma.

- D. José María presentó recurso ante la DGRN alegando que existía una clara voluntad por los esposos de fundar una familia que habían manifestado varias veces desde que contrajeron matrimonio en el año 2000, se conocieron desde el principio en España, decidieron unir sus vidas libremente por matrimonio y así lo hicieron en el país de ella para conocer a su familia y sus costumbres, existiendo verdadero consentimiento matrimonial. El recurso fue estimado acordándose la inscripción del matrimonio.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El ámbito del Registro Civil no rige el principio de autoridad de cosa juzgada, de modo que, mientras persista el interés público de lograr la concordancia entre el Registro Civil y la realidad (cfr. arts. 24 y 26 L.R.C.), es factible reiterar un expediente o unas actuaciones decididas por resolución firme, siempre que la nueva petición se base en hechos o circunstancias nuevas que no pudieron ser tenidas en cuenta en la primera decisión.

En el caso actual la inscripción del matrimonio celebrado en la República Dominicana el 23 de diciembre de 2000 entre un español y una dominicana fue denegada por el Cónsul Encargado en resolución de 9 de

abril de 2002, estimando que el matrimonio era nulo por falta de consentimiento matrimonial. Ahora bien, en la nueva petición de inscripción formulada ya en España por el promotor ante el Registro Civil Central (cfr. art. 68, II, R.R.C.), se ha justificado suficientemente que los contrayentes residen en España, que conviven juntos y que muestran un conocimiento bastante de sus respectivas circunstancias personales y familiares. Estos hechos, posteriores al casamiento, son indicios claros de que el propósito común de los interesados fue en su momento fundar una familia, cualesquiera que fueran las dudas y las sospechas que surgieron en la primera decisión.

2.2. Inscripción del matrimonio celebrado entre español y ucraniana, ya que si bien la estancia de la ucraniana en España ha sido irregular en algún momento, se ha comprobado en el recurso que ambos han convivido juntos en España durante varios meses a partir de enero de 2002 y que la ucraniana entiende suficientemente el idioma español.

RESOLUCIÓN de 24 de junio de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en la Sección Consular en Kiev de la Embajada de España en Ucrania, D. Octavio, con nacionalidad española, y D.^a Ludmyla, ucraniana, solicitaban la inscripción de su matrimonio celebrado el 10 de enero de 2003 en Ucrania.
- Ratificados los interesados, se celebraron las audiencias reservadas de las que se obtuvieron las siguientes informaciones: la contrayente permaneció en España más allá del término establecido en su visado negando en la entrevista tal permanencia y desdiciéndose posteriormente, por lo que no podría ya normalmente recibir un nuevo visado para entrar en el territorio Schengen, ella solicitó el 25 de febrero visado de residencia con oferta de trabajo aún sin resolución sin haber informado de ello al contrayente lo que podía juzgarse impropio de la confianza de una pareja tan unida como para casarse, la contrayente entró en territorio Schengen, según su visado, el 1 de julio de 2001 y permaneció hasta el 25 de febrero de 2002 fecha en la que manifestó en su solicitud de visado de residencia ser residente de Alcañiz, manifestando sin embargo en la entrevista que no tuvo nunca intención de trabajar en España en contradicción con la propia presentación de la oferta de trabajo, el contrayente no estuvo al corriente de la situación migratoria de ella ni durante la relación que mantuvieron en España por un mes ni después del regreso de ella a Ucrania, desdiciéndose posteriormente manifestando que si había sabido de la solicitud de visado de residencia con oferta de trabajo, ella no podía expresarse en castellano de forma comprensible y él no sabía ruso ni ucraniano, en la invitación notarial del contrayente a la contrayente de 17 de diciembre la invitaba como “amiga” y por una estancia máxima de tres meses, y, por último, en una solicitud de visado de corta duración para el hijo de ella presentada el día anterior no figuraba él como invitante, como sería lógico, sino D.^a Evangelina.
- El Encargado del Registro Civil Consular dictó resolución el 22 de enero de 2003 denegando la solicitud de inscripción del matrimonio dadas las irregularidades en materia de residencia y el desconocimiento de las circunstan-

cias personales, contradiciendo las mentiras e infracciones el principio de buena fe y concluyéndose que la contrayente tenía como objetivo primordial el retornar a España con propósitos meramente migratorios y laborales no concurriendo, al menos por su parte, consentimiento matrimonial.

- Notificada la resolución a los interesados, D. Octavio presentó recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado alegando que se conocieron allá por el mes de enero de 2002 manteniendo desde entonces una unión de hecho con fines matrimoniales y fijando su residencia en Alcañiz, dada la rígida normativa inmigratoria española en febrero de 2002 ella solicitó permiso de trabajo y residencia y, al no poder legalizar su situación, en verano de 2002 para no permanecer irregular, cuidar a su madre enferma y preparar su boda, se vio obligada a marchar a Ucrania para, una vez contraído matrimonio tramitar el visado y regresar a España con su marido y su hijo, el acta de invitación de su hijo la hizo la hermana de él porque le indicaron que no podía hacerla el mismo para dos personas distintas, él era plenamente conocedor de que ella solicitó un permiso de trabajo y residencia y las contradicciones ante el Encargado se debieron a los coactivos comentarios del mismo, ella conocía aunque en forma rudimentaria el castellano para poder comunicarse y la decisión del Encargado conllevaba perjuicios irreparables, adjuntando como pruebas de lo expuesto, acta notarial de manifestaciones de los padres y hermana del contrayente, certificado municipal de convivencia en Alcañiz, certificado matrimonial y fotografías de la boda y convite y certificado médico de estarle provocando al contrayente la situación un cuadro nervioso depresivo ansioso.
- La DGRN estimó el recurso y acordó la inscripción del matrimonio.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

No sólo en el expediente previo para el matrimonio civil, a través del trámite de la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (art. 246 R.R.C.), sino también cuando se intenta inscribir en el Registro Civil español un matrimonio ya celebrado en el extranjero mediante la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (art. 256-3.º R.R.C.), es deber del Encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u otros obstáculos que provoquen la nulidad del matrimonio. Especialmente para evitar la inscripción de los llamados matrimonios de complacencia en los que el verdadero propósito de las partes no es ligarse con el vínculo matrimo-

nial, sino aprovecharse de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la situación del extranjero en relación con los requisitos de entrada y permanencia en España, el Encargado debe calificar, a través de las declaraciones complementarias oportunas que integran el título inscribible (cfr. art. 256 R.R.C.), si ha habido verdadero consentimiento matrimonial en la celebración o si, por el contrario, se trata de un matrimonio simulado, nulo por la ausencia de dicho consentimiento matrimonial.

Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente

pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. art. 386 L.E.C.).

En el caso actual los hechos comprobados por medio de esas declaraciones complementarias oportunas no son lo suficiente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. Aunque la estancia de la ucraniana en España haya sido irregular en algún momento, se ha comprobado en el recurso que ella y el español han convivido juntos en España durante varios meses a partir de enero de 2002 y que la ucraniana entiende suficientemente el idioma español.

Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el ius nubendi, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9-2.^a de octubre de 1993, “ante la opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el ius connubii, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa”. “Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 C.C.) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto”.

3. RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

3.1. *Denegación de la inscripción de unas capitulaciones matrimoniales que tienen como contenido exclusivo establecer unas estipulaciones para el supuesto de que en un futuro se produjera una separación judicial y/o un divorcio.*

RESOLUCIÓN de 19 de junio de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por comparecencia en el Registro Civil de Barcelona, D.^a María Dolores, como mandataria verbal de los cónyuges D. Antonio y D.^a Rosa María, solicitaba la inscripción de capitulaciones matrimoniales, aportando documento notarial conteniendo diversas estipulaciones en caso de futura separación judicial o divorcio.
- Visto lo solicitado la Juez Encargada del Registro Civil dictó providencia ordenando la devolución de la escritura presentada por no consistir los

pactos realizados entre los cónyuges en ninguno de los regímenes matrimoniales previstos en la legislación habida cuenta de ser *numerus clausus* y no poder resultar creados *ex novo* o inventados por las partes a través de pactos obligacionales de invariable constancia registral.

- Notificada dicha providencia a los interesados, D. Andrés, como mandatario verbal de D. Antonio, interpuso recurso de reposición alegando que el sistema regulador del régimen económico matrimonial se sustentaba en la idea central de la libertad de pactos entre los contrayentes según el Código de Familia, pudiéndose establecer cuantas estipulaciones y pactos lícitos estimasen oportunos en relación con el régimen matrimonial e incluso en previsión de una ruptura matrimonial, siempre que no contraviniesen las leyes.
- La Juez Encargada del Registro Civil dictó auto con fecha 20 de enero de 2003 desestimando el recurso interpuesto ya que con la resolución recurrida no se infringía el sistema normativo regulador del régimen económico matrimonial, sustentado en Cataluña por el principio de libertad de pactos, sino que los pactos y estipulaciones otorgadas por los interesados en la escritura aportada eran totalmente ajenos al Registro Civil, no pudiendo pretenderse aplicar la legislación civil autonómica al ámbito de la LRC y el RRC que regulaban la indicación al margen de la inscripción de matrimonio de los pactos, resoluciones y demás hechos modificativos del régimen económico matrimonial toda vez que la futura liquidación o distribución de bienes operaría automáticamente una vez que se decretase la quiebra del matrimonio contraído.
- D. Antonio interpuso recurso ante la DGRN

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Motivos del recurso.

El art. 1333 CC determina que se harán constar en la inscripción de matrimonio las capitulaciones matrimoniales otorgadas así como también los pactos y demás hechos modificativos del régimen económico del matrimonio, por lo que las capitulaciones debían inscribirse previendo el promotor, por ejercer el comercio, el interés que pudieran tener terceros respecto del régimen liquidatorio de la sociedad conyugal llegado el caso de una ruptura y el art. 77 LRC establecía que podía hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales

y demás hechos que modificasen el régimen económico matrimonial de la sociedad conyugal, sin tratarse en este supuesto de una inscripción de un auto judicial de separación sino de unas capitulaciones matrimoniales.

2. Alegaciones del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal informó favorablemente el contenido del mismo por considerar que, si bien el pacto del que se pretendía obtener publicidad registral respecto de su régimen económico matrimonial únicamente regulaba los efectos que se producirían en caso de separación judicial o divorcio, era

igualmente aplicable lo dispuesto en los arts. 1333 CC y 77 LRC siendo de interés de terceros conocer la existencia de un pacto que modificaba la normativa legal prevista para el caso de disolución del vínculo.

3. Doctrina de la DGRN

Se ha intentado por estas actuaciones que tenga acceso al Registro Civil unas capitulaciones matrimoniales que tienen como contenido exclusivo establecer unas estipulaciones para el supuesto de que en un futuro se produjera una separación judicial y/o un divorcio.

Tal y como señala el Juez Encargado la publicidad de estas capitulaciones es totalmente ajena al Registro Civil. El hecho de que el art. 15 del Código de Familia de Cataluña permita que en capitulaciones se puedan establecer pactos en previsión de una ruptura matrimonial no implica que deban ser objeto de publicidad. Las capitulaciones matrimoniales son un contrato accesorio del matrimonio que tiene por fin fijar el régimen económico del consorcio conyugal siendo este el objeto de la publicidad que brinda el Registro Civil. Dicho de otro modo, en el Registro Civil no se inscriben las capitulaciones matrimoniales en todo caso sino sólo aquellas en las que se regula el régimen económico matrimonial, su modificación o su

sustitución. No puede pretenderse aplicar a este caso el art. 77 de la Ley del Registro Civil que regula la indicación, al margen de la inscripción de matrimonio, de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Las capitulaciones pueden contener “cualesquiera otras disposiciones por razón de matrimonio” (cfr. art. 1325) como disposiciones que por vía de donación o de cualquier otro acto uno de los esposos hace a favor del otro, o las que les hace un tercero como los ascendientes (donaciones, mejora promesas de mejorar o no mejorar) que en modo alguno son objeto de publicidad en el Registro Civil, sin perjuicio de que algunas de ellas deban inscribirse en el Registro de la Propiedad.

El mismo Código de Familia (cfr. art. 17) avala esta interpretación cuando se refiere a la inscripción en el Registro Civil de los capítulos matrimoniales sus modificaciones y “demás hechos que modifiquen el régimen económico matrimonial”. Es evidente que los pactos en previsión de una ruptura quedan al margen de la publicidad registral, que como queda dicho (cfr. art. 77 L.R.C.) se limita a la indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal.

3.2. Denegación de la inscripción en el Registro de la Propiedad del convenio regulador de la separación en el que se pactaba que “Los cónyuges otorgarán capitulaciones matrimoniales en las que cesará el régimen de gananciales, estableciéndose desde este momento que la esposa se adjudicará la vivienda familiar”.

RESOLUCIÓN de 5 de julio de 2003.

ANÁLISIS DEL CASO

- Por el Juzgado de Primera Instancia, número 9 (Familia) de Murcia y con fecha 3 de marzo de 1999, se dicta sentencia acordando la separación matrimonial de los cónyuges D.^a María G.C y D. Francisco G.T., aprobando en

todos sus extremos la propuesta de convenio regulador que se aporta. En dicho convenio se otorga a la esposa el uso de la vivienda familiar y se establece que: “Los cónyuges otorgarán capitulaciones matrimoniales en las que cesará el régimen de gananciales, estableciéndose desde este momento que la esposa se adjudicará la vivienda familiar”.

- Presentado testimonio de la anterior sentencia, junto con el Convenio Regulador en el Registro de la Propiedad número 8 de Murcia, fue calificado con la siguiente nota: “Referencia: sentencia núm. 125/99 Juzgado 1.ª Instancia, núm. 9 (Familia), Murcia. Presentación 583. Diario 32. Hechos: Para inscribir el dominio de la finca cuyo uso se atribuye a la esposa e hijos en el Convenio regulador, falta liquidar la sociedad de gananciales, realizando las adjudicaciones entre los cónyuges que acuerden. Así resulta de: A) La estipulación 8.ª del convenio que emplea los términos: Se otorgarán capitulaciones matrimoniales. En las que cesará en régimen de gananciales. Se adjudicará a la esposa la vivienda familiar. La reiteración de expresiones en futuro indica que no está realizado nada de ello en el presente. B) Del Fundamento de derecho 2.º de la Sentencia de Separación, según el cual “en cuanto liquide el régimen económico del matrimonio, con adjudicación concreta de bienes, junto con el testimonio de la presente, será título bastante para acceder al Registro”. De donde resulta: a) Que no puede acceder al Registro por sí solo el testimonio de la Sentencia y el convenio, sino junto con la liquidación de los gananciales. b) Que no puede acceder al Registro de la Propiedad la Sentencia hasta tanto que se liquide el régimen económico del matrimonio, todavía sin realizar al dictarse la Sentencia y aprobarse el convenio regulador. Para liquidar los gananciales, no habiéndolo hecho oportunamente en el convenio regulador tiene que otorgar las capitulaciones matrimoniales a que se obligaron ambos cónyuges en dicho convenio regulador, para lo que deben acudir a un Notario de su elección. Fundamentos de Derecho. Infringe los arts. 1.396 a 1.410 y 1.327 y 1.289, 1.º y 3.º del Código Civil. Defecto subsanable.
- D.ª María interpuso contra la nota de calificación recurso que fue desestimado por la DGRN.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Alegaciones de la recurrente.

La cuestión a resolver, es la de si, en el convenio regulador de la separación, se llevó a cabo o no la liquidación de la sociedad de gananciales, ya que si se hubiera hecho, conforme a la resolución de 30 de marzo de

1995, el convenio por sí solo sería inscribible. Que resulta claro que ambos cónyuges liquidaron la sociedad de gananciales, y así se reconoce en la propia sentencia, debiéndose tener en cuenta que la ley no exige ninguna forma especial de carácter sustancial para la liquidación de la sociedad de gananciales.

ciales, siendo preciso sólo la voluntad de las partes, sin que en ello influyan la utilización de “términos de futuro”.

2. Alegaciones del Registrador de la Propiedad.

Que la falta de liquidación de la sociedad de gananciales resulta del propio convenio regulador, interpretado conforme a lo establecido en los arts. 1281 y 1285 del Código Civil, pues A) Se atribuye a la esposa el uso de la vivienda familiar, siendo tal atribución incompatible y superflua si efectivamente se hubiera liquidado la sociedad de gananciales. B) En el propio convenio se estipula que los cónyuges otorgarán capitulaciones matrimoniales. C) Se utilizan términos de futuro para determinar las adjudicaciones que se realizarán en las futuras capitulaciones matrimoniales que otorgarán los cónyuges. D) Falta en el convenio regulador el cumplimiento de lo establecido en los arts. 1396 a 1410 del Código Civil. Que sólo existe un acuerdo preliminar preparatorio de esa futura liquidación y tal liquidación de la sociedad de gananciales deberá ser otorgada por ambos cónyuges en escritura pública, fuera ya del proceso de separación matrimonial,

por exigencia del art. 1280 del Código Civil y 3 de la Ley Hipotecaria.

3. Doctrina de la DGRN.

Se presenta en el Registro convenio regulador aprobado judicialmente con motivo de una separación matrimonial. En dicho convenio, después de otorgar a la esposa el uso de la vivienda familiar, se establece: “Los cónyuges otorgarán capitulaciones matrimoniales en las que cesará el régimen de gananciales, estableciéndose desde este momento que la esposa se adjudicará la vivienda familiar”. El Registrador suspende la inscripción de la adjudicación de la propiedad de la vivienda por no haberse otorgado las capitulaciones matrimoniales. La interesada recurre.

El recurso no puede ser estimado. Una interpretación gramatical elemental de lo pactado indica que no se adjudica de presente la vivienda a la esposa, sino que se pospone dicha adjudicación a la liquidación futura de la sociedad de gananciales, por lo que lo acordado carece de toda trascendencia real, tratándose de un compromiso de futuro que no es inscribible (cfr. art. 9 del Reglamento Hipotecario EDL 1947/13).

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**APLICACIÓN EN EL REGISTRO CIVIL
DEL REGLAMENTO COMUNITARIO 1347/2000
“BRUSELAS II”⁽¹⁾**

**Análisis comparativo con el nuevo Reglamento Comunitario
2201/03 que deroga al 1347/2000 respecto al reconocimiento
registral de resoluciones judiciales en materia matrimonial**

SUSANA SALVADOR GUTIÉRREZ

Magistrada Encargada del Registro Civil Único de Madrid

SUMARIO

- I. GENERALIDADES SOBRE EL REGLAMENTO 1347/2000**
- II. ACTUALIZACIÓN DE DATOS EN EL REGISTRO CIVIL EN MATERIA MATRIMONIAL. ARTÍCULO 14, APARTADOS 1 Y 2 REGLAMENTO 1347/2000**
- III. CONTENIDO DE LA FACULTAD DE CALIFICACIÓN DEL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL COMPETENTE. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL REGISTROS Y NOTARIADO**
- IV. CONTROL POR EL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL DE LOS MOTIVOS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO REGISTRAL DEL ARTÍCULO 15. 1 REGLAMENTO 1347/2000**

⁽¹⁾ Ver el Informe explicativo del Convenio Bruselas II, preparado por la Profesora Dra. D.^a Alegría Borrás, publicado en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Suplemento al número 1879, de 15 de octubre de 2000, en el que se publican los Reglamentos Comunitarios sobre Cooperación Judicial Civil. Informe explicativo que constituye un importante elemento para la interpretación del Reglamento.

V. REGLAMENTO 2201/03 (CE) DEL CONSEJO DE 27 NOVIEMBRE 2003 (DOCE L338/1, 23 DICIEMBRE 2003), RELATIVO A LA COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL DEROGANDO EL REGLAMENTO 1347/2000

I. GENERALIDADES SOBRE EL REGLAMENTO 1347/2000

1. El Reglamento (CE) núm. 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, denominado Reglamento Bruselas II, fue publicado en el DOCE n.º L 160, de 30 de junio 2000. En España, el Reglamento comunitario 1347/2000, entró en vigor el 1 de marzo de 2001 (artículo 46). El Reglamento 2201/03 (CE) del Consejo de 27 noviembre 2003 (DOCE L338/1, 23 diciembre 2003), relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, deroga el Reglamento 1347/2000 a partir de la fecha de aplicación del nuevo Reglamento (1 marzo 2005), conforme con sus artículos 71 y 72.

Partimos en las presentes notas de un análisis en el ámbito del reconocimiento registral de la aplicación del Reglamento 1347/2000, desde su entrada en vigor, a través de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, así como de la comparación entre dicho Reglamento y el nuevo Reglamento comunitario 2201/03 que deroga expresamente el anterior a partir del 1 de marzo 2005⁽²⁾, a fin de determinar si la aplicación registral del nuevo Reglamento supondrá modificaciones en el ámbito del reconocimiento registral de resoluciones relativas al vínculo matrimonial. Examinamos, pues, a continuación, la aplicación en el Registro Civil español del Reglamento 1347/2000.

2. El Reglamento 1347/2000, aún en vigor hasta el 1 de marzo 2005, es un Reglamento comunitario, obligatorio y directamente aplicable en los Estados miembros destinatarios, con excepción de Dinamarca (artículo 1. 3). El Reglamento se aplica tanto a nacionales comunitarios como a nacionales de terceros países con vínculos suficientemente profundos con el territorio de uno de los Estados miembros. El Reglamento sólo será aplicable a las acciones

(2) El Reglamento 1347/2000 quedará derogado a partir de la fecha de aplicación del nuevo Reglamento 2201/03 (artículo 71), que será a partir del 1 de marzo 2005 (artículo 72).

judiciales ejercitadas, a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados y a las transacciones celebradas ante el juez durante un proceso con posterioridad a la entrada en vigor del mismo (artículo 42.1.º). El artículo 42.2.º del Reglamento 1347/2000, establece la aplicación del Reglamento en relación con las acciones ejercitadas antes de su entrada en vigor, si las normas de competencia aplicadas se ajustaren a las previstas en el capítulo III o en un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido al ejercitarse la acción.

Su entrada en vigor el 1 marzo 2001, ha supuesto que las resoluciones judiciales y administrativas (se excluyen las resoluciones religiosas) de los Estados miembros, relativas al vínculo matrimonial, divorcio, separación legal y nulidad, así como las relativas a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes de los cónyuges (artículo 1), no precisan exequatur para su reconocimiento y ejecución en España. El objetivo perseguido por el Reglamento es la libre circulación de las resoluciones judiciales en las materias que constituyen su contenido, estableciendo medidas coherentes y uniformes que, simplificando los trámites con el fin de un reconocimiento rápido y automático de las resoluciones judiciales y de su ejecución, permitan garantizar la libre circulación de personas, lo que constituye uno de los objetivos de la Unión Europea. Se trata de establecer un procedimiento común a todos los Estados miembros para la obtención del exequatur, sustituyendo así las normas contenidas al respecto en los ordenamientos internos o en otros Convenios.

3. El Reglamento comunitario distingue entre reconocimiento, actualización de datos en el Registro Civil, y ejecución. El reconocimiento de una resolución dictada en un Estado miembro se regula en la Sección I del Capítulo III, artículos 13 a 20. De conformidad con el párrafo 1.º del artículo 14 del Reglamento, las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estado sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. Se establece, pues, el reconocimiento automático entendido como reconocimiento que no implica ningún procedimiento específico, en todos los Estados miembros de las decisiones dictadas en cualquiera de ellos.

II. ACTUALIZACIÓN DE DATOS EN EL REGISTRO CIVIL EN MATERIA MATRIMONIAL. ARTÍCULO 14, APARTADOS 1 Y 2 REGLAMENTO 1347/2000

4. En relación con los efectos que de dicho reconocimiento se derivan, el párrafo 2.º del artículo 14, se refiere expresamente al más importante de ellos, el relativo a la actualización de datos en el Registro Civil, teniendo en cuenta que éste es el efecto más frecuentemente perseguido por el ciudadano europeo, con un ahorro de tiempo y dinero, al procederse a dicha actualización registral sin ninguna otra decisión. Conforme a dicho apartado, no se requiere ningún proce-

dimiento previo para la actualización de los datos del Registro Civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio, dictadas en otro Estado miembro y que con arreglo a la legislación de éste último ya no admitan recurso. No se trata de un reconocimiento judicial, sino de un reconocimiento registral.

El reconocimiento a que se refiere el artículo 14, en concordancia con el ámbito de aplicación del Reglamento en relación con las materias incluidas, no afecta a las cuestiones relativas a culpa de los cónyuges, regímenes matrimoniales, alimentos o cualesquiera otras consecuencias económicas o de cualquier otra naturaleza incluidas en la misma resolución. Excluye también el reconocimiento registral de las resoluciones en materia de responsabilidad parental. Se refiere, por tanto, sólo al reconocimiento de la nulidad, disolución del vínculo o separación legal del matrimonio. Este reconocimiento conlleva el importante efecto de que, acreditada registralmente la disolución del vínculo matrimonial, en su caso, se podrá contraer nuevo matrimonio ya que el Registro Civil conforme al artículo 2 Ley del Registro Civil constituirá, practicada la correspondiente inscripción marginal de divorcio o nulidad, la prueba del estado civil del interesado a efectos de contraer un ulterior matrimonio.

5. El reconocimiento de una resolución en el ámbito registral está, pues, sujeto a la calificación registral del encargado del Registro Civil competente, que será el del lugar donde esté inscrito el matrimonio, sin necesidad de acudir al exequatur. Presentada la documentación exigida (con arreglo a los artículos 81, 82 y 83 Reglamento del Registro Civil, es título para la inscripción registral, el documento auténtico extranjero, sentencia o resolución firme extranjera que tenga fuerza en España, en este caso, en aplicación directa del Reglamento comunitario), el encargado del Registro Civil competente debe proceder a su calificación. La calificación registral está regulada en los artículos 27 y 28 Ley del Registro Civil, sin intervención del Ministerio Fiscal, que únicamente interviene en el proceso calificador en el supuesto de que se haya interpuesto recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado contra el acuerdo calificador, en cuyo caso se notificará la interposición siempre al Ministerio Fiscal (artículo 358 Reglamento del Registro Civil).

III. CONTENIDO DE LA FACULTAD DE CALIFICACIÓN DEL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL COMPETENTE. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL REGISTROS Y NOTARIADO

6. El problema que se plantea en relación con la actualización de datos en el Registro Civil es el relativo al alcance de la calificación a realizar por el encargado del Registro Civil competente. Conforme con los artículos 27 y 28 Ley del Registro Civil, la calificación de las sentencias y resoluciones se limita-

r  a la competencia y clase del procedimiento seguido, formalidades extr neas de los documentos presentados y asientos del propio Registro. Ahora bien, estas facultades calificadoras deben relacionarse con el Reglamento comunitario, y es aquí donde surgen dudas, algunas de las cuales, tras la aplicación del Reglamento en el ámbito del Registro Civil español, han quedado resueltas por la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado a partir de su Resolución de 4 de mayo 2002. Nos referimos a la problemática planteada en torno a la documentación exigida para obtener la inscripción en el Registro Civil, así como al ámbito temporal de aplicación del Reglamento comunitario:

A) Frente a las dudas planteadas sobre si, en aplicación del artículo 14.2 del Reglamento 1347/2000, deben presentarse siempre en el Registro Civil los dos documentos, copia de la resolución y certificado, o si basta con presentar copia de la resolución con expresión de su firmeza o el certificado previsto en el Anexo IV del Reglamento, la citada Resolución de 4 mayo 2002 ha estimado que para que las resoluciones extranjeras en materia de divorcio sean reconocidas en otros Estados, debe presentarse en el Registro Civil correspondiente, una copia de dicha resolución y un certificado expedido por el órgano jurisdiccional que dictó la resolución en los términos fijados en el formulario que figura como anexo del Reglamento comunitario (artículos 32 y 33 Reglamento). Dado que en el supuesto concreto planteado el interesado sólo presentaba una certificación francesa en extracto de la inscripción de matrimonio de la que resulta la fecha de la sentencia de divorcio, la Dirección General de los Registros y del Notariado desestima el recurso.

B) En la misma Resolución de 4 mayo 2002 se aclaran igualmente las dudas en relación con la aplicación temporal del Reglamento. En el caso planteado el interesado, español de origen, contrajo matrimonio en Francia el 1 de julio de 1953; matrimonio que no se inscribió en el Registro Civil Consular y que fue disuelto por sentencia de divorcio dictada por un juez francés el 15 de marzo de 2001. Se solicitaba la inscripción de disolución de su matrimonio en el Registro Civil Central. La Dirección General de los Registros y del Notariado concluye que el Reglamento del Consejo de la Unión Europea prevé que “las resoluciones judiciales dictadas después de la fecha de entrada en vigor del presente reglamento como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a esta fecha serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del capítulo III...” (artículo 42-2.[ ] del Reglamento). Por lo tanto, entrando en vigor el reglamento el día 1 de marzo de 2001 y habiéndose dictado la sentencia francesa de divorcio el 15 de ese mismo mes y año, es evidente que la acción fue ejercitada con anterioridad, entrando, en consecuencia en el ámbito de aplicación del Reglamento.

Resolución de 4 de mayo de 2002:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Vistos los artículos 32, 33, 42 y disposiciones transitorias del Reglamento de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000, relativo a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, 9, 46, 73 y 107 del Código civil; 23 de la Ley del Registro Civil y 85 y 256 del Reglamento del Registro Civil.

II. El interesado, español de origen, contrajo matrimonio en Francia con una persona el 1 de julio de 1953, que no se inscribió en el Registro Civil Consular y de la que se divorció por virtud de sentencia dictada por un juez francés el 15 de marzo de 2001. Solicita ahora la inscripción de disolución de su matrimonio.

III. El Reglamento del Consejo de la Unión Europea, citado en los vistos, prevé que “las resoluciones judiciales dictadas después de la fecha de entrada en vigor del presente reglamento como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a esta fecha serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del capítulo III...” (cfr. art. 42-2.º del Reglamento). Por lo tanto, entrando en vigor el reglamento el día 1 de marzo de 2001 y habiéndose dictado la sentencia francesa de divorcio el 15 de ese mismo mes y año, es evidente que la acción fue ejercitada con anterioridad, entrando, en consecuencia en el ámbito de aplicación del Reglamento.

IV. Sin embargo, es la aplicación del propio Reglamento comunitario el que impide la práctica de la inscripción solicitada. En efecto, para que las resoluciones extranjeras en materia de divorcio sean reconocidas en otros Estados, debe presentarse en el Registro Civil correspondiente, una copia de dicha resolución y un certificado expedido por el órgano jurisdiccional que dictó la resolución en los términos fijados en el formulario que figura como anexo del Reglamento comunitario (cfr. arts. 32 y 33 Reglamento C.E.), siendo así que el interesado sólo ha presentado una certificación francesa en extracto de la inscripción de matrimonio de la que resulta la fecha (15 de marzo) de la sentencia de divorcio.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, desestimar el recurso, sin perjuicio de lo señalado en el último fundamento jurídico.

La anterior doctrina ha sido confirmada posteriormente en ambos puntos, documentos a presentar en el Registro Civil para obtener la inscripción registral, y ámbito temporal de aplicación del Reglamento.

Resolución de 2 noviembre 2002-3.^a:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

II. *Se discute en este recurso si es aplicable a una sentencia de divorcio francesa dictada por un Tribunal francés el 27 de abril de 2001, a los efectos de su reconocimiento y de su inscripción en el Registro Civil español, el Reglamento de la Unión Europea citado en los vistos.*

III. *La cuestión ha de tener una respuesta afirmativa. En efecto, dicho Reglamento entró en vigor el 1 de marzo de 2001 y, aunque la acción haya sido ejercitada antes de esta fecha, las resoluciones judiciales dictadas después serán reconocidas con arreglo a las disposiciones del capítulo III, si las normas de competencia aplicadas se ajustaren a las previstas en el capítulo II (cfr. art. 42 del Reglamento) y en este caso la competencia corresponde a la jurisdicción francesa, por tratarse de una demanda conjunta y tener la residencia habitual en Francia uno de los cónyuges (cfr. art. 2-1-a del Reglamento).*

IV. *Lo anterior no quiere decir, sin embargo, que la sentencia de divorcio francesa sea inscribible, sin más condiciones, en el Registro español. Conforme a los artículos 32 y 33 del Reglamento la parte que invoque el reconocimiento debe presentar, además de una copia de la resolución, un certificado conforme al formulario normalizado que figura en el anexo IV del Reglamento.*

Resolución de 28 noviembre 2002-3.^a:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

II. *Se ha pretendido en estas actuaciones la práctica de una inscripción marginal de separación de un matrimonio en base a un documento traducido al español en el que se refleja la comparecencia de ambos cónyuges en fecha 30 de abril de 2001 ante cierto Tribunal italiano en la que vienen a solicitar la “separación consensuada” del matrimonio sobre la base de ciertas disposiciones relativas al patrimonio e hijos comunes, concluyendo con una solicitud al citado Tribunal para que “homologue el presente convenio de separación consensual”. La inscripción solicitada es denegada por la Encargada del Registro Civil español competente por no constar la existencia de resolución judicial extranjera que se pronuncie sobre la separación del matrimonio inscrito, considerando que el documento aportado tan sólo acredita la presentación de una solicitud de separación de mutuo acuerdo. Recurre la esposa, de nacionalidad española, alegando que con arreglo al Derecho italiano en los procedimientos de separación consensual la fecha de la comparecencia de mutuo acuerdo coincide con la de la resolución judicial, pretendiendo que el documento aportado contiene en sí mismo esta última.*

III. *La pretensión formulada no puede ser acogida favorablemente. Las inscripciones marginales relativas a la separación del matrimonio pueden practicarse, en su caso, mediante la correspondiente sentencia extranjera de separación siempre que previamente se haya obtenido su reconocimiento en España conforme a lo dispuesto en las leyes procesales, a través del correspondiente “exequatur” ante la Sala 1.ª del Tribunal Supremo, momento a partir del cual la sentencia produce efectos en el Ordenamiento español (cfr. arts. 76 L.R.C., 265-II R.R.C., 107-II C.c. y disposición derogatoria única, apartado 1, excepción 3.ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000).*

IV. *Es cierto que el Reglamento del Consejo de la Unión Europea citado en los vistos, que entró en vigor el 1 de marzo de 2001, prevé la supresión del citado trámite del “exequatur” en el ámbito de las resoluciones judiciales en materia matrimonial, al disponer que “las resoluciones judiciales dictadas después de la fecha de entrada en vigor del presente reglamento como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a esta fecha serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del capítulo III...” (cfr. art. 42-2.º del Reglamento). Sin embargo, en el presente caso, sobre no haberse aportado la sentencia judicial firme de la separación, sino un documento relativo a un trámite del procedimiento, acreditativo de la existencia de un acuerdo entre los cónyuges sobre ciertos efectos personales y patrimoniales de la separación previo a la homologación judicial definitiva del mismo, como se deriva con toda evidencia del propio documento acompañado que termina con la solicitud al Tribunal de dicha homologación, no concurren tampoco los requisitos formales exigidos por el citado Reglamento comunitario, el cual impone, para que las resoluciones extranjeras en materia de separación sean reconocidas en otros Estados, que debe presentarse en el Registro Civil correspondiente, una copia de dicha resolución y un certificado expedido por el órgano jurisdiccional que dictó la resolución en los términos fijados en el formulario que figura como anexo del Reglamento comunitario (cfr. arts. 32 y 33 Reglamento C.E.), certificado que en este caso no se ha aportado.*

Resolución de 2 enero 2004-3.ª:

II. *Se ha pretendido en estas actuaciones la práctica de una inscripción marginal de divorcio de un matrimonio en base a un auto dictado por un Juzgado de primera instancia español por el que se reconocen efectos en el Ordenamiento jurídico español a una Sentencia de divorcio de mutuo acuerdo dictada con fecha cinco de marzo de 1990 por un Tribunal de Familia portugués. El Registro civil Central deniega la práctica de la inscripción solicitada por entender que la resolución judicial de reconocimiento de efectos en el Ordenamiento jurídico español de la citada sentencia extranjera de divorcio no se ha dictado por el órgano judicial competente y que, además, no se ha seguido el procedimiento legalmente previsto para ello.*

III. *Este criterio denegatorio se ha de confirmar. Las inscripciones marginales relativas al divorcio del matrimonio pueden practicarse, en su caso, mediante la correspondiente sentencia extranjera de divorcio siempre que previamente se haya obtenido su reconocimiento en España conforme a lo dispuesto en las leyes procesales, a través del correspondiente “exequatur” ante la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, momento a partir del cual la sentencia produce efectos en el Ordenamiento español (cfr. arts. 76 L.R.C., 265-II R.R.C., 107-II C.c. y disposición derogatoria única, apartado 1, excepción 3.^a, de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000).*

IV. *Es cierto que el Reglamento del Consejo de la Unión Europea citado en los vistos, que entró en vigor el 1 de marzo de 2001, prevé la supresión del citado trámite del “exequatur” en el ámbito de las resoluciones judiciales en materia matrimonial, al disponer que “las resoluciones judiciales dictadas después de la fecha de entrada en vigor del presente reglamento como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a esta fecha serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del capítulo III...” (cfr. art. 42-2.^o del Reglamento). Sin embargo, en el presente caso, sobre no haberse aportado la sentencia judicial firme de la separación, sino sólo el auto dictado por Juzgado español de reconocimiento antes citado, no concurren tampoco los requisitos formales exigidos por el citado Reglamento comunitario, el cual impone, para que las resoluciones extranjeras en materia de separación sean reconocidas en otros Estados, que debe presentarse en el Registro Civil correspondiente, una copia de dicha resolución y un certificado expedido por el órgano jurisdiccional que dictó la resolución en los términos fijados en el formulario que figura como anexo del Reglamento comunitario (cfr. arts. 32 y 33 Reglamento C.E.), certificado que en este caso no se ha aportado. Pero es que, además, dada la falta de eficacia retroactiva del Reglamento comunitario es evidente que el mismo no puede amparar la pretensión deducida en relación con una sentencia dictada en el año 1990, a la que, por consiguiente, no resulta aplicable.*

IV. CONTROL POR EL ENCARGADO DEL REGISTRO CIVIL DE LOS MOTIVOS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO REGISTRAL DEL ARTÍCULO 15. 1 REGLAMENTO 1347/2000

7. Además de las anteriores cuestiones resueltas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, subsisten aún dudas sobre la extensión de la facultad calificadora del encargado del Registro Civil competente para la actualización de los datos del Registro Civil, en relación con si debe examinar también los motivos previstos para la denegación del reconocimiento en el artículo 15 del Reglamento comunitario. Es decir, la cuestión planteada es si la función calificadora del encargado del Registro Civil competente para la actualización

de datos en el Registro Civil en que conste inscrito el matrimonio debe limitarse al examen de la copia auténtica y traducida de la resolución, así como a la comprobación de la firmeza de la misma conforme a la ley del país de origen de la resolución, en los términos a que se refiere el artículo 14.2 y, en su caso, del certificado del Anexo IV, o debe controlar también los motivos previstos para la denegación del reconocimiento en el artículo 15. 1 del Reglamento⁽³⁾.

Las cuestiones relacionadas en el citado artículo 15.1 sobre las resoluciones relativas al vínculo conyugal hacen referencia: a) al orden público; b) a la documentación que acredite que el demandado en rebeldía ha sido debidamente notificado de la demanda y en tiempo hábil para defenderse, conforme con el artículo 32.2 a); c) y d) inexistencia de cosa juzgada. A favor de esta tesis nos encontramos con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con la aplicación del Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil de 14 de noviembre de 1983 (BOE 15 y 16 febrero 1988)⁽⁴⁾.

(3) Mónica Herranz Ballesteros. “Primeros pasos de la práctica registral española en la aplicación del Reglamento en materia matrimonial: reflexiones al hilo de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 mayo 2002”. La citada autora analiza en su artículo el alcance del control que debe efectuar el encargado del Registro Civil, estimando que conforme al artículo 14 del Reglamento, a través de los citados documentos, copia de la resolución y formulario del Anexo IV, se verifica el cumplimiento de alguno de los requisitos que la decisión extranjera ha de cumplir para que surta efectos, pero subsisten algunos motivos de denegación del reconocimiento conforme a lo previsto en el artículo 15 a), c) y d) que entendemos también han de ser controlados por el encargado competente.

(4) Resolución Dirección General de los Registros y del Notariado 14 abril 2000-1.^a: II. El problema fundamental que ha de decidirse es el de si es inscribible la sentencia de divorcio dictada por un Juez alemán el 11 de Enero de 1999 por la cual se disuelve el matrimonio celebrado en Los Llanos de Aridane (Tenerife) el 26 de Julio de 1980. Este problema ha de resolverse a la vista del Convenio bilateral citado en los vistos (publicado en el B.O.E. de 26 de Febrero de 1988), cuyas disposiciones forman parte del ordenamiento español y se sobreponen a las normas internas sobre la materia (cfr. arts. 96 de la Constitución y 1 del Código civil).

III. Como viene declarando la doctrina de este Centro Directivo, el Convenio bilateral distingue claramente, respecto de las resoluciones judiciales, el reconocimiento de las mismas, regulado en el capítulo II, de la ejecución de éstas, a la que se dedica el apartado I del capítulo III. Las reglas de la ejecución entrarán en juego cuando se pretenda la efectividad en España de la sentencia alemana y sea necesaria la colaboración de los órganos judiciales españoles para lograr tal efectividad, mientras que la sola inscripción en el Registro Civil de la disolución se desenvuelve en el ámbito probatorio e implica dar publicidad a la sentencia, es decir, entra en el campo de lo que el Convenio denomina “reconocimiento” y

8. Partiendo de que la facultad de calificación del encargado del Registro Civil competente incluye la necesidad de controlar la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 15 del Reglamento para realizar el reconocimiento registral de la resolución de que se trate, es evidente que para la comprobación de los mismos, el certificado normalizado del Anexo IV, relativo a las resoluciones en materia matrimonial a que se refiere el artículo 33, expedido por la autoridad competente del Estado miembro en el que se hubiere dictado la resolución cuyo reconocimiento registral se pretende, puede facilitar la labor calificadora del encargado, simplificando así los trámites que se exigen al interesado y evitando el requerimiento para la presentación de otros documentos: así el respeto del derecho de defensa en los supuestos de rebeldía del demandado, artículo 15 b), puede verificarse a través de la presentación inicial y conjunta de la copia de la resolución y del certificado en los términos a que se refieren los artículos 32, 33, 34 y 35 del Reglamento en relación con su Anexo IV, lo que permite controlar algunos de los requisitos exigidos en el ámbito comunitario para el reconocimiento registral, agilizando así la decisión calificadora del en-

no en el de la “ejecución”. Precisamente la singularidad del Convenio estriba, frente al régimen general establecido por el artículo 107, II, del Código civil, en que el “reconocimiento” de la sentencia de divorcio no requiere intervención judicial ni “exequátur”, si se cumplen otras condiciones.

IV. La sentencia alemana acompañada en cuanto implica la disolución del vínculo debe ser reconocida en España, con arreglo a las disposiciones pertinentes del Convenio. En efecto: a) al no haber establecido España el procedimiento especial simplificado al que alude el artículo 10.4, la sentencia es reconocida sin necesidad de procedimiento especial (cfr. art. 10.1) por concurrir las dos condiciones del artículo 4, como son la de haber ganado firmeza y la de ser competente el Tribunal alemán conforme a las previsiones de los apartados 1 y 2 del artículo 8, al tener el demandado al iniciarse el procedimiento nacionalidad alemana, además de tener demandante y demandado su residencia habitual en Alemania en tal momento, y b) no existen los motivos excepcionales de denegación del artículo 5 (la sentencia no es contraria al orden público), ni del artículo 6-2 (nótese en cuanto a éste punto que, aunque no se haya aplicado la ley española —cfr. art. 107, I, C.c.— se hubiera llegado al mismo resultado de aplicar ésta, ya que es causa de divorcio el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho —cfr. art. 86, 3.ªa)— y aquí la separación consentida se remonta al mes de Enero de 1997).

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, estimar el recurso, ordenando que se inscriba la sentencia alemana de divorcio de fecha 11 de enero de 1999.

Otras Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con la aplicación del Convenio Hispano-Alemán sobre reconocimiento y ejecución de determinadas resoluciones en materia civil: 29 noviembre 1990; 25 marzo 1991; 19 febrero 1993; 12 mayo 1993; 23 octubre 1993; 18 marzo 1994-4.ª; 10 octubre 1994-1.ª; Auto del Tribunal Supremo 8 de abril 1992

cargado a fin de proceder a la actualización de datos del Registro Civil a su cargo.

Ahora bien, como ha puesto de relieve la doctrina⁽⁵⁾, subsisten otros elementos de control enumerados en el artículo 15.1 del Reglamento que la presentación de los citados documentos no garantiza. Así, en lo que se refiere al apartado c) del artículo 15, si la resolución fuere inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido, se sigue el ejemplo del Informe Borrás, y se considera que el control por el encargado del Registro Civil competente se verifica a través de los propios asientos registrales. Es decir, si se pretende el reconocimiento de una sentencia extranjera de separación mediante su inscripción marginal en un Registro Civil español en el que conste inscrito el matrimonio, y en España hubiera recaído una sentencia de divorcio, la resolución extranjera no podrá ser reconocida y por tanto no dará lugar a la solicitada inscripción marginal aún cuando se presenten en forma los documentos exigidos.

El actual artículo 755 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000⁽⁶⁾, establece que las sentencias y demás resoluciones dictadas en los procedimientos a que se refiere el Título I, del Libro IV, de los procesos especiales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, se comunicarán de oficio a los Registros Civiles para la práctica de los asientos que correspondan. En el caso propuesto como ejemplo es evidente que, si la sentencia de divorcio dictada por un Tribunal español ha sido inscrita al margen del matrimonio, la comprobación de los propios asientos registrales, contenido de la función calificadora del encargado en los términos a que se refiere el artículo 28 Ley del Registro Civil, impedirá el acceso al Registro Civil español de una sentencia extranjera por ser incompatible con la resolución española. Resulta también obvio que si la sentencia extranjera fuera de divorcio y la española inscrita ya en el Registro Civil competente fuera de separación, la sentencia extranjera sí sería reconocida mediante su acceso al Registro Civil, ya que se aplica el principio de mayor intensidad.

En cuanto al supuesto previsto en el apartado d) del artículo 15, también ha sido objeto de examen en el Informe Borrás. Si la resolución fuere inconciliable con otra dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado no

(5) Mónica Herranz Ballesteros. “Primeros pasos de la práctica registral española en la aplicación del Reglamento en materia matrimonial: reflexiones al hilo de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 mayo 2002”.

(6) La Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000, en su apartado 2. 10 deroga expresamente las disposiciones adicionales primera a novena de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio

miembro en un litigio entre las mismas partes, cuando la primera resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido. Se pone como ejemplo el caso en el que se presenten ante el Registro Civil para su reconocimiento dos resoluciones dictadas en Estados distintos a España, y que una sea de divorcio y otra de separación. Aplicando el principio de mayor intensidad parece que la única que debe tener acceso al Registro Civil español será la de divorcio independientemente de las fechas de ambas resoluciones.

9. Ahora bien, no obstante lo anterior y los ejemplos tomados del Informe Borrás, se estima que las resoluciones de separación matrimonial, aún cuando haya una resolución judicial de divorcio, española o extranjera, si es de fecha anterior al divorcio pueden tener acceso al Registro Civil ya que puede ser interesante para terceros conocer que, previamente a la disolución del vínculo matrimonial por divorcio, existió un período de tiempo en que el matrimonio inscrito estaba bajo el régimen de separación judicial.

Igual matización se produce en el supuesto de una resolución judicial de nulidad del matrimonio que puede ser de fecha anterior o posterior a la separación judicial o al divorcio inscrito al margen del matrimonio. Se entiende que la resolución de nulidad debe tener acceso, en todo caso, al Registro Civil ya que los efectos de nulidad matrimonial no coinciden con los efectos de disolución del vínculo por divorcio.

10. Otra cuestión que igualmente se ha planteado en el ámbito registral y que ha sido objeto de examen por el Centro Directivo ha sido la relativa a la relación de la norma comunitaria con otros Convenios. En este punto, hay que tener en cuenta que el Reglamento 1347/2000, en su artículo 36 establece la relación de la norma comunitaria con otros instrumentos, recogiendo concretamente en el apartado 1.º, que el Reglamento sustituye, entre los Estados miembros, a los Convenios existentes en el momento de la entrada en vigor del mismo, celebrados entre dos o más Estados miembros y referentes a las materias reguladas por el presente Reglamento. Por ejemplo, el Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil de 14 de noviembre de 1983 (BOE 15 y 16 febrero 1988).

Dado que el Reglamento 1347/2000, sólo se aplica a las resoluciones recaídas con posterioridad a su entrada en vigor, es evidente que cuando se trata del reconocimiento registral de las mismas, siguen siendo de aplicación los Convenios bilaterales suscritos por España en esta materia.

Resolución de 27 de junio de 2003 (5.^a)

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Vistos los artículos 32 y 96 de la Constitución; 1, 11, 82, 86 y 107 del Código civil; 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881; 23, 28, 29 y 76 de la Ley del Registro Civil; 83, 86, 88 y 265 del Reglamento del Registro Civil; el Reglamento del Consejo de la Unión Europea de 29 de mayo de 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes; el Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil de 14 de Noviembre de 1985; el auto del Tribunal Supremo de 8 de Abril de 1992, y las Resoluciones de 2 de Julio y 29 de Noviembre de 1990, 25 de Marzo de 1991, 19 de Febrero, 12 de Mayo y 23 de Octubre de 1993, 22-1.^a de Enero de 1996, 31.2.^a de Agosto y 21 de Diciembre de 1998 y 14-1.^a de abril de 2000.

II. La calificación recurrida opone a la inscripción de una sentencia de divorcio alemana, dictada en 1977 y que afecta al matrimonio de una española y un alemán, el hecho de que la sentencia se ha dictado en rebeldía de la demandada, con infracción del artículo 32 del Reglamento del Consejo de la Unión Europea del año 2000 citado en los vistos. Es evidente, sin embargo que este Reglamento no es de aplicación a la sentencia mencionada, dada la fecha de ésta muy anterior a la entrada en vigor del Reglamento y lo dispuesto en el artículo 42 del mismo.

III. La norma aplicable al caso es, por el contrario, el Convenio hispano-alemán citado en los vistos y a la vista del mismo no es obstáculo que impida la inscripción de la sentencia de divorcio que la sentencia haya adquirido firmeza con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio, porque también el Convenio es de aplicación a estas resoluciones anteriores en cuestiones de matrimonio y relaciones familiares, con la única condición de que no hayan sido pronunciadas en rebeldía (cfr. art. 24-2 del Convenio) y en el caso presente la española demandada, según resulta del texto de la sentencia, fue oída personalmente en el pleito.

Esta Dirección General ha acordado, de conformidad con la propuesta reglamentaria, estimar el recurso y declarar que el obstáculo aducido no impide la inscripción de la sentencia debatida.

V. REGLAMENTO 2201/03 (CE) DEL CONSEJO DE 27 NOVIEMBRE 2003 (DOCE L.338/1, 23 DICIEMBRE 2003), RELATIVO A LA COMPETENCIA, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL DEROGANDO EL REGLAMENTO 1347/2000

En un primer momento, la derogación del Reglamento 1347/2000, fue abordada por la Propuesta de Reglamento del Consejo de la Unión Europea relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental ⁽⁷⁾. El texto de la Propuesta fue publicado en el DOCE de 27 agosto 2002, y preveía su entrada en vigor el 1 de julio 2003, y su aplicación a partir del 1 de julio 2004. Esta Propuesta ⁽⁸⁾, no llegó a entrar en vigor.

Finalmente, se ha publicado el Reglamento 2201/03 (CE) del Consejo de 27 noviembre 2003 (DOCE L.338/1, 23 diciembre 2003), relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, derogando el Reglamento 1347/2000 a partir de la fecha de aplicación del nuevo Reglamento (1 marzo 2005), conforme con sus artículos 71 y 72.

Partiendo pues de la derogación del Reglamento 1347/2000, y limitándonos al ámbito registral que es el propio de este comentario, tratamos a continuación de realizar un análisis comparativo de las disposiciones del Reglamento 1347/2000 sobre el reconocimiento registral de las resoluciones en materia matrimonial en relación con la normativa del nuevo Reglamento comunitario 2201/30, con el objetivo de determinar si el sistema que introduce el nuevo Reglamento altera el sistema de reconocimiento registral establecido en el Reglamento 1347/2000 que se deroga:

⁽⁷⁾ Ana Quiñónez Escames. “Nuevas normas europeas sobre responsabilidad parental y sustracción de menores”. Sepin, *Revista familia*, núm. 24, julio-agosto 2003.

⁽⁸⁾ La citada Propuesta, según sus Antecedentes recogidos en la Exposición de Motivos, reunía el Reglamento 1347/2000, la propuesta de la Comisión sobre la responsabilidad parental y la iniciativa francesa sobre los derechos de visita. La Propuesta contenía dos elementos: Primero, recogía tal y como están las disposiciones relativas al divorcio en el Reglamento 1347/2000. Segundo, integraba dentro de un sistema completo de normas sobre responsabilidad parental las relativas a esta materia del Reglamento 1347/2000, las de la propuesta de la Comisión y la iniciativa francesa de derechos de visita. Por consiguiente, se derogaba el Reglamento 1347/2000 pues sus disposiciones eran en su totalidad en la Propuesta.

A) Aplicación territorial

En cuanto a la aplicación territorial, ambos Reglamentos son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en los Estados miembros de la Unión Europea, a excepción de Dinamarca (artículo 1. 3 Reglamento 1347/2000). El artículo 2. 3) del Reglamento 2201/03, al definir los Estados miembros, entiende por tales todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca.

B) Aplicación material y Definiciones

En cuanto al ámbito de aplicación de ambas disposiciones comunitarias en relación con las resoluciones en materia matrimonial. y siempre a los efectos registrales objeto de este comentario, entendemos que coincide íntegramente. Así el artículo 1. a) del Reglamento 1347/2000, establece que éste se aplicará a los *procedimientos civiles* relativos al divorcio, a la separación judicial y a la nulidad del matrimonio de los cónyuges. El artículo 1, apartado 2 establece que se equiparán a los procedimientos judiciales los demás procedimientos que reconozca oficialmente cualquiera de los Estados miembros. El término “órgano jurisdiccional” englobará a todas las autoridades competentes en la materia de los Estados miembros. Por su parte, el artículo 13 en su apartado 1.º define el término resolución a efectos del Reglamento 1347/2000, entendiendo por “resolución” cualquier decisión de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro....., cualquiera que sea su denominación, ya sea sentencia, resolución o auto.

En el Reglamento 2201/03, el artículo 1. 1 a) determina el ámbito de aplicación, acordando que el Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas: al divorcio, la separación y la nulidad matrimonial. Hay que advertir que no se habla, sin embargo, en el nuevo Reglamento de “procedimientos civiles”, como hace el Reglamento 1347/2000 derogado, y sólo se refiere a las “materias”.

Por su parte, el artículo 2 Reglamento 2201/03, al establecer las definiciones a efectos del Reglamento, entiende por “órgano jurisdiccional” en su apartado 1): todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento de conformidad con el artículo 1. En el apartado 2) se entiende por “juez”, el juez o la autoridad con competencias equivalentes a las del juez en las materias reguladas por el presente Reglamento. En cuanto al apartado 4) del citado artículo 2, entiende por “resolución judicial” las resoluciones de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial y las relativas a la responsabilidad parental dictadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, independientemente de cómo se denomine dicha resolución, incluidos los términos de sentencia o auto.

A la vista del artículo 2, aún cuando la redacción del Reglamento 2201/03, no sea idéntica al Reglamento 1347/2000 derogado ⁽⁹⁾, entendemos que al igual que éste, cuando hacía referencia al “*procedimiento civil*” englobaba no sólo los procedimientos judiciales, sino también los administrativos cuando el Derecho nacional los prevea, también el nuevo Reglamento es de aplicación a procedimientos de naturaleza administrativa, ya que, en definitiva, se aplica a las materias civiles, con independencia de cuál sea la naturaleza del órgano jurisdiccional, artículo 1. Por otro lado, cuando el artículo 2 define el término “órgano jurisdiccional” engloba todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento.

C) Reconocimiento registral de resoluciones en materia matrimonial

En relación con la actualización de datos del Registro Civil en materia matrimonial, único ámbito en el que se produce el reconocimiento registral de las resoluciones de otros Estados miembros ya que dicho procedimiento registral no es extensivo a las resoluciones sobre responsabilidad parental, vemos que la actual redacción del artículo 14 del Reglamento 1347/2000, en su apartado 1.^º, establece que las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. Conforme con el apartado 2.^º del citado artículo 14, en particular, no se requerirá ningún procedimiento previo para la actualización de los datos del Registro civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio dictadas en otro Estado miembro y que con arreglo a la legislación de éste último ya no admitan recurso.

⁽⁹⁾ El ámbito de aplicación del Reglamento 1347/2000, así como las definiciones de “órgano jurisdiccional” y “resolución”, se reproducían literalmente en la Propuesta inicial de derogación. El artículo 1 a) de la misma establecía que será de aplicación a los procedimientos civiles relativos al divorcio, separación legal o nulidad de matrimonio. En el artículo 1, apartado 3, se equiparaban a los procedimientos judiciales los demás procedimientos que reconozca oficialmente cualquiera de los Estados miembros. Es decir, al igual que en el Reglamento 1347/2000, el término “procedimiento civil” englobaba no sólo los procedimientos judiciales, sino también los administrativos cuando el Derecho nacional los prevea. En el artículo 2 se define el término “órgano jurisdiccional” que engloba todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento. En cuanto al término “resolución judicial” significa el divorcio, la separación judicial y la nulidad del matrimonio..., pronunciada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, independientemente de cómo se denomine dicha resolución, incluidos fallo, orden o sentencia.

La redacción del actual artículo 14 coincide íntegramente con el artículo 21, apartados 1 y 2 del nuevo Reglamento 2201/03.

D) Motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia matrimonial

Los motivos de denegación del reconocimiento de resoluciones en materia matrimonial se recogen en el artículo 22 del Reglamento 2201/03 en idénticos términos que los supuestos de denegación de reconocimiento de resoluciones en materia de divorcio, separación legal o nulidad de matrimonio, enumerados en el apartado 1 del actual artículo 15 del Reglamento 1347/2000.

E) Documentos necesarios para el reconocimiento registral de las resoluciones

En cuanto a los documentos que han de presentarse para solicitar el reconocimiento registral de una resolución se recogen en el Reglamento 2201/03, en los artículos 37 y 39, que se corresponden recíprocamente con los artículos 32 y 33 del actual Reglamento 1347/2000.

En cuanto a la certificación relativa a resoluciones en materia matrimonial a que se refiere el artículo 39 del nuevo Reglamento y que remite al Anexo I del nuevo Reglamento, su redacción es prácticamente idéntica al Anexo IV del Reglamento 1347/2000, a que remite el artículo 33 derogado.

F) Relación de la norma comunitaria con otros Convenios

Hay que tener en cuenta también que el Reglamento 1347/2000, en su artículo 36 establecía la relación de la norma comunitaria con otros instrumentos, recogiendo concretamente en el apartado 1.º, que el Reglamento sustituye, entre los Estados miembros, a los Convenios existentes en el momento de la entrada en vigor del mismo, celebrados entre dos o más Estados miembros y referentes a las materias reguladas por el presente Reglamento. En idénticos términos se pronuncia el artículo 59 del Reglamento 2201/03⁽¹⁰⁾.

Por su parte, el artículo 37 del Reglamento 1347/2000 establecía la primacía del Reglamento, en las materias reguladas por el mismo, frente a determina-

(10) Por ejemplo, el Convenio entre España y la República Federal de Alemania sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil de 14 de noviembre de 1983 (BOE 15 y 16 febrero 1988).

dos Convenios multilaterales. Idéntica primacía del Reglamento comunitario se establece ahora en el artículo 60 Reglamento 2201/03, si bien se dedica el artículo 61, exclusivamente a regular las Relaciones del Reglamento con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

G) Aplicación temporal

Conforme con el artículo 71, el Reglamento 1347/2000 quedará derogado a partir de la fecha de aplicación del Reglamento 2201/03, es decir, 1 de marzo 2005.

En cuanto a la aplicación temporal del Reglamento 2201/03, conforme con el artículo 72, el Reglamento entrará en vigor el 1 de agosto de 2004. Será aplicable a partir del 1 marzo 2005, a excepción de los artículos 67, 68, 69 y 70, que se aplicarán a partir del 1 agosto 2004 (en estos artículos se hace referencia a la Información relativa a las autoridades centrales y lenguas, órganos jurisdiccionales y vías de recurso que los Estados miembros tienen obligación de comunicar a la Comisión ⁽¹¹⁾). El artículo 29 del nuevo Reglamento establece que la solicitud de declaración de ejecutoriedad se presentará ante uno de los órganos jurisdiccionales indicados en la lista que cada Estado miembro ha de comunicar a la Comisión de conformidad con el artículo 68. Por su parte, el artículo 33 establece que la resolución sobre la solicitud de ejecutoriedad podrá ser recurrida por cualquiera de las partes y que el recurso se presentará ante uno de los órganos jurisdiccionales indicados en la lista que cada Estado miembro ha de comunicar a la Comisión de conformidad con el artículo 68).

La Disposición Transitoria del Reglamento 2201/03, artículo 64, regula la aplicación del Reglamento para los diversos supuestos temporales con criterios idénticos a los que se tienen en cuenta en el artículo 42 del Reglamento 1347/2000 que se deroga, si bien se incluyen supuestos relativos al período temporal en que ha estado vigente el Reglamento 1347/2000 desde su entrada en vigor el 1 de marzo de 2001 (artículo 46) hasta la entrada en vigor del nuevo Reglamento a partir del 1 agosto 2004, o de su aplicación, el 1 marzo 2005 (artículo 72).

(11) En el Reglamento 1347/2000, conforme a los artículos 22 y 26, la solicitud de ejecución y el recurso, en su caso, contra la decisión sobre la solicitud de ejecución, se presentarán ante uno de los órganos jurisdiccionales que figuran, respectivamente, en las listas del anexo I y anexo II. El Reglamento 2201/03, no incluye, de momento, estas listas, quedando obligados los Estados miembros a comunicar a la Comisión los órganos jurisdiccionales y las vías de recurso a que hacen referencia los artículos 21, 29, 33 y 34 del Reglamento.

La regla general contenida en el apartado 1.º del artículo 64 es que el nuevo Reglamento sólo se aplicará a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados y a los acuerdos entre partes celebrados con posterioridad a su entrada en vigor, el 1 agosto 2004 (artículo 72). Los siguientes apartados del citado artículo 64 contemplan supuestos de aplicación transitoria de la nueva normativa en relación con el período de vigencia del Reglamento 1347/2000 que se deroga, y siempre que concurren los requisitos previstos en cada uno de los apartados:

a) Conforme con el artículo 64, apartado 2.º, el Reglamento será también aplicable a las resoluciones judiciales dictadas después de la fecha de aplicación del nuevo Reglamento (1 marzo 2005, artículo 72), como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a esta fecha, pero después de la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000, que serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del Capítulo III del Reglamento, si las normas de competencia aplicadas se ajustaren a las previstas en el Capítulo II del presente Reglamento o del Reglamento 1347/2000⁽¹²⁾ o en un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido al ejercitarse la acción. Es decir, se refiere a acciones ejercitadas después del 1 marzo 2001, y resoluciones dictadas después del 1 marzo 2005, fecha de aplicación del Reglamento 2201/03.

Este apartado coincide con la regulación de las Disposiciones Transitorias del artículo 42.2 Reglamento 1347/2000.

b) Conforme con el artículo 64, apartado 3.º, el Reglamento también se aplica a las resoluciones judiciales dictadas antes de la fecha de aplicación del nuevo Reglamento como consecuencia de acciones ejercitadas después de la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000, que serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del Capítulo III del presente Reglamento, a condición de que se trate de resoluciones relativas al divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial o a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes dictadas con motivo de estos procedimientos matrimoniales. Es decir, se refiere a acciones ejercitadas después del 1 marzo 2001, y resoluciones dictadas antes del 1 marzo 2005.

c) Conforme con el artículo 64, apartado 4.º, el Reglamento también será de aplicación en relación con las resoluciones judiciales dictadas antes de la fecha de aplicación del nuevo Reglamento, pero después de la entrada en vigor

(12) Las reglas de competencia general establecidas en el Capítulo II del Reglamento 2201/03, en materia de divorcio, separación y nulidad matrimonial coinciden básicamente con la regulación de la competencia en el Capítulo II del Reglamento 1347/2000.

del Reglamento 1347/2000 como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000, serán reconocidas y ejecutadas con arreglo a las disposiciones del Capítulo III del presente Reglamento, a condición de que se trate de resoluciones relativas al divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial o a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes dictadas con motivo de estos procedimientos matrimoniales y de que las normas de competencia aplicadas se ajustaren a las previstas en el Capítulo II del presente Reglamento o del Reglamento 1347/2000 o en un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido al ejercitarse la acción. Es decir, se refiere a procesos iniciados antes del 1 marzo 2001 y decisiones dictadas entre el 1 marzo 2001 y 1 marzo 2005.

VI. CONCLUSIÓN

La entrada en vigor del nuevo Reglamento 2201/03 el 1 agosto 2004, y su aplicación a partir del 1 marzo 2005 (artículos 71 y 72), y la derogación del Reglamento 1347/2000, a partir de la fecha de aplicación del nuevo Reglamento, entendemos que no supondrá, en el ámbito registral que nos ocupa, ninguna modificación ni, previsiblemente por tanto, ningún cambio de criterio en la doctrina registral que se viene manteniendo por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la aplicación de la normativa comunitaria sobre reconocimiento registral de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad de matrimonio dictadas en otro Estado miembro y que con arreglo a la legislación de éste último ya no admitan recurso (artículo 26. 1 y 2).

La nueva normativa comunitaria incluye en su totalidad las disposiciones del Reglamento 1347/2000 (derogado), y que tienen relevancia en el ámbito registral. El examen comparativo de ambos instrumentos nos lleva a concluir que el sistema de actualización de datos del Registro Civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad de un matrimonio dictadas por otro Estado miembro, diseñado por el Reglamento 1347/2000 se mantiene idéntico en el nuevo Reglamento comunitario 2201/03.

TRIBUNA ABIERTA

ESTA SECCIÓN PRETENDE SER UN FORO PERMANENTEMENTE ABIERTO, DONDE TODOS LOS LECTORES PUEDAN PARTICIPAR ACTIVAMENTE COMENTANDO EN ARTÍCULOS BREVES TEMAS DE DERECHO DE FAMILIA, COMENTARIOS DE SENTENCIAS, ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS, ETC.

EN LAS CARTAS MECANOGRAFIADAS CONSTARÁ LA FIRMA, EL DNI, LA DIRECCIÓN Y UN TELÉFONO DE CONTACTO. DEBERÁN SER ENVIADAS A EDITORIAL LEX NOVA, C/ GENERAL SOLCHAGA N.º 3, 47008 VALLADOLID; LA DIRECCIÓN DE LA REVISTA SE RESERVA EL DERECHO A EDITAR LAS CARTAS POR RAZONES DE ESPACIO Y CLARIDAD.

A PROPÓSITO DEL DERECHO DE FAMILIA: OTRA VISIÓN DEL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL

Santiago de Miota.

Abogado.

A mis hijos que, por su juventud, tienen la posibilidad de trabajar por un Mundo más justo.

Hoy es frecuente comprobar cómo el comentario, valoración y enfoque de casi todas las cuestiones familiares tienen como base o fin el dinero. Ello prueba la materialización de la Sociedad en que vivimos, que se olvida de la persona y su conducta.

Con el fin de poner de manifiesto que el valor de las personas está por encima de las situaciones donde lo único que cuenta es el dinero, realizo este comentario. Con ello intento ofrecer otra posibilidad de interpretación de este artículo eminentemente económico, para que, todos, meditemos la profundidad y efecto del mismo en los derechos y conductas de las personas. Por ello debemos ayudar a valorar esas conductas de sacrificio y entrega, que la mayoría de las veces reciben unas respuestas de los que intervenimos en esas actuaciones, judiciales o no, y de los que les rodean, que dañan la función educadora de la Familia y Matrimonio que, sin embargo, se afirma son Instituciones que deben ser defendidas.

Todos los que tratamos el Derecho de Familia tenemos que soportar, oír, y muchas veces sufrir, que tras un fracaso familiar o matrimonial todo se reduce

al “dinero”. Ésa es la visión más frecuente y más pobre del problema. Ello no es así. Cuando se llega a ello se produce el mayor fracaso que puede sufrir una persona. Ven arruinadas todas las ilusiones de su pasado, ven hipotecado su futuro y sobre todo —no siempre— dificultan la felicidad de los hijos. Digo “no siempre” porque los “efectos” de ese fracaso en la evolución y formación de los hijos dependerá de la inteligencia y sensibilidad de los padres, y de los demás que intervengan en el cuidado de los mismos.

Este artículo simplemente quiere ayudar a las personas que, directa o indirectamente, sufren los latigazos de un fracaso y los golpes de la incompreensión de los demás, que en su comodidad, ignoran o carecen de sensibilidad para comprender el dolor de esas personas. Pretende, también, el comentario que todos hagamos un esfuerzo para valorar y entender la entrega y sacrificio que muchas veces se desprecia, se minusvalora o se ignora con un “eso no se cobra”.

Establece el artículo 1438 del Código Civil lo siguiente:

“Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las **cargas del matrimonio**. A falta de convenio lo harán **proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos**. El **trabajo para la casa** será **computado como contribución a las cargas y dará derecho** a obtener una **compensación** que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.”

A) Debemos resaltar de este artículo que sólo es aplicable cuando exista entre los cónyuges el régimen de separación de bienes.

Ello supone que la propia Ley contempla la posibilidad cierta de que con este régimen se pueden producir situaciones de injusticia o ruptura de la igualdad que debe primar entre los cónyuges. Resaltar que el régimen de separación de bienes muchas veces se aconseja cuando alguien va a contraer matrimonio y se cita como “tabla de salvación” cuando fracasa el matrimonio en régimen de gananciales. Se recomienda para evitar los problemas que ocasiona el fracaso matrimonial del régimen de gananciales.

Este artículo trata de corregir esos posibles riesgos que no existen en los demás regímenes económicos del matrimonio, pues en los otros regímenes la propia Ley decide sobre la participación de los beneficios y ganancias conseguidos en el matrimonio. Es decir, la propia Ley nos dice en este artículo que no puede ampararse la ruptura de la igualdad entre cónyuges que exige el matrimonio.

Habla el artículo de que esa igualdad se puede romper por una desigual contribución a las cargas familiares y al trabajo para la casa. Ambas desigualdades deben ser indemnizadas mediante este precepto. El pago de esa indemniza-

ción se puede realizar mediante la cuantificación de una cantidad o, en otros casos, mediante el “simple” reconocimiento de esa conducta de entrega, aunque no tenga contenido económico. Ello es importante porque estamos tratando el campo de las relaciones familiares, que es el campo donde los hijos aprenden, muchas veces por imitación, y adoptan conductas que ellos mismos aplicarán como “normales” en sus relaciones con los demás. Por ello, cuando uno “sienta” que ha habido una conducta generosa, debe decirlo aunque no haya sido “probado” o no tenga consecuencias jurídicas, pues hasta las Sentencias tienen “efectos” en la educación, formación, evolución y comportamiento de los hijos e incluso de los padres.

Parecerá ingenuo lo que acabo de decir, pero más ingenuo es pensar que las actuaciones humanas de los “mayores”, de los Jueces y Tribunales no influyen en los hijos y en su conducta. Resaltar que para los que tratamos el Derecho de Familia “los hijos de los demás” son iguales que nuestros hijos y merecen el mismo respeto y trabajo en las decisiones que tomemos. Si no pensamos así —digo pensamos— mejor que nos dediquemos a otra cosa.

B) La Jurisprudencia y la Doctrina, claramente y de manera pacífica, han llegado a la conclusión de que la pensión compensatoria del artículo 97 de Código Civil y la indemnización —compensación del artículo 1438—, son independientes y autónomas entre sí y de naturaleza y contenido diferente. Por lo que no merece mayor comentario.

C) El artículo 1438 distingue y habla de dos circunstancias que deben ser contempladas en su aplicación por los que utilizamos el Derecho de Familia.

Por un lado habla de:

1.º La contribución a las cargas del matrimonio, que en caso de no existir referencia en las Capitulaciones Matrimoniales se deberá realizar entre los cónyuges proporcionalmente a los respectivos recursos económicos.

2.º Y, además, dispone que el trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas del matrimonio y dará derecho a obtener una compensación que el Juez la señalará a la extinción del régimen de separación.

D) Contribución a las cargas familiares. El primero de los apartados supone que la ruptura de esa proporcionalidad ocasiona un perjuicio para quien contribuya más de lo debido y ello suponga un ahorro —dicho suavemente— para el que desvía su obligación en perjuicio de la familia.

Quien no da lo que debe, limita al otro cónyuge en su evolución personal y económica, y perjudica la situación de los hijos y familia. Ocasiona una contribución no proporcional, crea una situación familiar inferior a la debida. Limita

la capacidad de todos en provecho exclusivo del incumplidor y exige al otro cónyuge una contribución superior a la marcada por la Ley y la Equidad.

Es evidente que ese comportamiento egoísta y negativo debe ser rechazado dentro del campo de las relaciones humanas. En el ámbito de las relaciones familiares y matrimoniales se exige, además, un comportamiento ético y de confianza mutua completo y exquisito. La propia Ley impone igualdad en derechos y deberes (art. 68 del CC), respeto, ayuda mutua y actuar en interés de la familia (art. 67 del CC) y socorro mutuo (art. 68 del CC). De ahí que la conducta de los cónyuges en este campo deba ser medida con Equidad, Justicia y respeto e igualdad entre ellos. El artículo 1438 impone esa proporcionalidad entre los cónyuges y los artículos 93 y 142, siguientes y concordantes del mismo Código exigen esa proporcionalidad respecto a los alimentos y necesidades de los hijos.

Es decir, estamos hablando o contemplando un campo de aplicación de la norma, cuya sensibilidad y finura supera a cualquier otra situación o circunstancia dentro del mundo del Derecho. Hablamos de la conducta económica dentro de la convivencia matrimonial y familiar en sentido íntimo y cerrado. Nos encontramos en el campo donde la confianza y buena fe llega y debe ser de grado máximo y exquisito. Estamos en la situación o relación donde se supone y se exige que todos deben contribuir a las necesidades familiares. Contribución que supone generosidad y entrega. Aquí no vale todo.

Aquí se exige la confianza y seguridad en el otro de manera patente y permanente. Aquí el concepto de buena fe es mucho más amplio y su contenido mucho más extenso que en cualquier otro aspecto de las relaciones humanas. Aquí debe exigirse a cada cónyuge la conducta impecable del concepto jurídico de “buen padre de familia” con el contenido más amplio posible, pues con la violación de esa conducta se lesionan los derechos del otro cónyuge y de los hijos. Aquí estamos en el campo del Derecho y Legalidad más cercano al concepto de Justicia y Equidad, según nos pide el artículo 3 del Código Civil. Este artículo nos exige continua dinamicidad y actualización en las decisiones.

La violación de esa norma de conducta de “buen padre de familia” impuesta por la Ley, exigida por la sociedad y pedida por los miembros que conforman ese matrimonio y familia, no debe ser burda, violenta y torpe para que tenga efecto. También tendrá efecto cuando la actuación no reúna lo que se entiende por conducta de “un buen padre de familia”, pues aquí debe ser valorado el hecho de ese comportamiento que viola la confianza y buena fe de los miembros del matrimonio y familia. El efecto de esa violación es la lesión de los derechos de uno de los cónyuges y de los hijos, y esa lesión puede ser de orden económico o de trascendencia económica, donde debe aplicarse la teoría del enriquecimiento injusto, de manera más abierta que en otras condiciones y circunstancias, o de cualquiera otra que ampare esa situación.

Resaltar que el artículo invocado tiene su origen en el principio de igualdad y equidad conyugal, ya que no se debe permitir ni amparar la desproporción, enriquecimiento o empobrecimiento de uno de los cónyuges. Ya hemos dicho que los artículos 66, 67 y 68 del Código Civil así lo disponen respecto a los cónyuges cuando hablan de igualdad, ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia. Los artículos 93 y 142, siguientes y concordantes, lo disponen respecto a las obligaciones de los padres con los hijos. Ello supone que esa proporcionalidad tiene dos campos de incumplimiento, uno que afecta a las relaciones de los cónyuges entre sí y otro que afecta a las relaciones de los cónyuges con los hijos.

La interpretación de estos artículos en el siglo XXI debe tener contenido positivo y deslindar las situaciones con exquisitez y finura, pues la violencia familiar no se limita a la agresión física y psicológica que se reconoce y trata en el campo penal. La violencia familiar implica el engaño, el abuso de la buena fe, la desconsideración de un cónyuge al otro y a los hijos. Estos “pequeños detalles” tienen total trascendencia y repercusión en la convivencia, donde la confianza mutua debe ser total y de acuerdo con la cultura y valoración de nuestra situación tradicional de entrega y contribución dentro del matrimonio y familia.

C) Trabajo para la casa. Total o parcial. El artículo 1438 del CC no distingue, ni concreta que el trabajo deba ser “total o parcial”, luego cuando exista cualquiera de ellos procede su aplicación.

Decimos que es aplicable este artículo también en los casos en que el trabajo para la casa sea “parcial” porque ello se puede medir y valorar. Todo lo que se puede medir y valorar debe tener un efecto y su correspondiente decisión. Se hace daño a la inteligencia de los demás cuando se leen Sentencias en las que se interpreta la Ley contra el sentido común, contra el espíritu de la Ley y, sobre todo, contra el camino de la Justicia y el respeto al ciudadano.

Es triste leer en muchas Sentencias que para aplicar este artículo uno de los cónyuges debe ser “ama de casa”. Es curioso que se utilice este concepto decimonónico para descalificar el contenido de un artículo dinámico y que pretende la igualdad entre los cónyuges. Es curioso que se banalicen años de entrega y sacrificio de uno de los cónyuges que, además, le supongan desventaja para el futuro y humillación ante el que no ha cumplido, que es el “listo” de esa relación.

Creo que la Ley nos obliga o al menos nos indica que las decisiones que se tomen en este campo del Derecho, deben tomarse en beneficio y protección de la Familia —artículo 39 de la Constitución—. Luego no se protege a la Familia “distinguiendo en negativo” donde la Ley no distingue.

Además la igualdad exigida en el artículo 14 de la Constitución nos pide ese respeto y garantía al trabajo para la casa, total o parcial, de uno de los

cónyuges que ha supuesto una entrega superior a la del otro. El cónyuge que adopte un enfoque con el que condicione o limite su evolución personal y profesional anteponiendo las necesidades familiares y las del hogar a la suya personal, debe ser compensado. Ya que ésa es una toma de actitud que implica una mentalidad dirigida a la casa y familia en primer lugar y en segundo lugar a su desarrollo personal y profesional. Evidentemente ello frena la evolución de quien antepone el derecho de la familia al suyo.

Valorar hoy en día ese trabajo para la casa como en épocas pasadas es equivocarse, pues la entrega de hoy es diferente y supone mucho más sacrificio y renuncia de oportunidades. Antes el cónyuge que se quedaba en casa no renunciaba, en términos generales, a otras oportunidades. Ya tenía su “función” específica y propia de “esposa-mujer” según la obligación “social” e incluso legal hasta hace pocos años. Basta leer lo que decía el Código Civil anterior al año 1973.

Hoy en día la “mujer” y el “marido” son “personas” con los mismos derechos y obligaciones legales y sociales. Es decir, cuando las personas acuerdan que uno de ellos debe renunciar o limitar su actuar social o profesional en beneficio de la familia, ello debe ser reconocido en las actuaciones judiciales y sociales, pues supone que “uno” renuncia o limita su derecho en beneficio del “otro” que, curiosamente, no limita su actuar profesional o social. Nadie puede ignorar que esa renuncia o limitación dura muchos años. Digo que nadie puede ignorar esa “renuncia o limitación” pues todos la hemos vivido bien como hijos, bien como padres o bien como abuelos.

Podrá decirse que el trabajo de la casa y de los hijos no se debe ni puede cobrar, pero eso es no entender el problema. Aquí no se mide esa dedicación cara a los hijos. Aquí se mide esa entrega en cuanto a la relación de los cónyuges entre sí y su actitud, enfoque y dedicación al hogar en distinta proporción a la exigida. Es decir, se contempla la diferente entrega al cumplimiento de esas necesidades y obligaciones comunes de trabajo para la casa. Por eso el artículo habla de cónyuges y no habla de padres.

Si no existió esa igual dedicación, se ha roto la igualdad entre los cónyuges. Luego hay desproporción y esa desigualdad y desproporción deben ser compensadas económicamente como reconocimiento de esa entrega superior por parte de uno de los cónyuges que ha supuesto un enriquecimiento para el otro o un empobrecimiento para el que dio de más. Pues uno dispuso de un tiempo de más para sí o para su profesión, que el otro ha tenido de menos, precisamente por dedicarse de más a la casa y familia.

La igualdad exigida constitucional y civilmente, exige esa compensación entre cónyuges pues de otra manera no habría igualdad, habría diferencia y desequilibrio o prepotencia. Ese respeto a la conducta responsable debe garantizarse, máxime cuando en países como el nuestro se asume como normal esa diferente entrega al hogar entre la mujer y el marido. Aún hoy en día existe

esa diferencia educacional y mental entre marido y mujer respecto a las obligaciones matrimoniales diferenciando campos de dedicación y necesidades.

Quien ha asumido más obligaciones en su trabajo para la casa, debe ser compensado por quien delegó o no quiso asumir las mismas. Ello nos lo exige el principio de igualdad y respeto. Quien asumió más responsabilidad perdiendo sus derechos debe ser compensado por quien se benefició de ello. El artículo así lo impone en evitación de desvaloración de conductas de entrega y sacrificio constante, en el especial mundo de la familia, donde el comportamiento de cada cónyuge influye en la formación, conducta y evolución de los hijos.

Por respeto a todo ello, debemos matizar y distinguir con delicadeza, riqueza e inteligencia de especialista. Ello nos exigirá mucho trabajo y dedicación, pero recordemos que nuestro esfuerzo es vocacional y voluntario, y debemos tener una sensibilidad especial. No podemos ser “esclavos” del Derecho. Nosotros estamos para que se respeten los derechos de las personas y para que Ley y Justicia coincidan. Por eso debemos trabajar con la ilusión de un cazador y con la constancia de un ciclista.

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

XIII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA

SEVILLA-HUELVA 18 AL 22 DE OCTUBRE DE 2004

SECCIONES TEMÁTICAS

PROGRAMA PROVISIONAL (MAYO 2004)

SECCIÓN 1.^a LA FAMILIA COMO INSTITUCIÓN CENTRAL DE LA VIVENCIA HUMANA: HISTORIA, SOCIOLOGÍA, PSICOLOGÍA, POLÍTICA Y DERECHO

Presidencia: Prof. Dr. D. Julián GÜITRÓN FUENTEVILLA y Prof.^a Dra.
D.^a Olga MESA CASTILLO.

Relatoría: Dr. Víctor AMAYA RICO y M.^a Fernanda MORETÓN SANZ.

1. Cambio social, transformación de la familia y divergencias del modelo tradicional.
2. Visión constitucional del Derecho de familia.
3. Políticas sociales, población y desarrollo sostenibles.
4. La pareja y núcleos familiares contemporáneos.
5. Roles sociales. Las relaciones familiares entre padres e hijos y abuelos: obediencia, respeto y dependencia.
6. Familia y demografía.
7. Fundamentos históricos de la familia.
8. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

SECCIÓN 2.ª MATRIMONIO Y CRISIS MATRIMONIALES: CELEBRACIÓN Y EFECTOS PERSONALES DEL MATRIMONIO; NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO; MEDIACIÓN

Presidencia: Prof. Dr. D. Diego ESPÍN CANOVAS, Prof. Dr. D. José Ernesto CRIOLLO y Prof. Dr. D. José María CONTRERAS MAZARÍO.
Relatoría: Dr. D. Carlos VILLAGRASA ALCAIDE y D.ª Verónica DEL CARPIO FIESTAS.

1. Derechos fundamentales de los cónyuges durante el matrimonio y en las crisis matrimoniales. La igualdad de derechos.
2. Los descendientes en caso de crisis matrimoniales.
3. Hogar familiar, ajuar y patrimonio en las crisis matrimoniales.
4. Crisis matrimonial y soluciones extrajudiciales. La mediación familiar.
5. Separación, nulidad y divorcio: causas y efectos.
6. El matrimonio religioso: celebración, efectos y crisis matrimoniales.
7. La jurisdicción de familia.
8. Aspectos sociológicos y psicológicos de las crisis matrimoniales.
9. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

SECCIÓN 3.ª LAS UNIONES DE HECHO O LA CONVIVENCIA EX-TRAMATRIMONIAL: MODELOS ALTERNATIVOS DE GRUPOS FAMILIARES

Presidencia: Prof.ª Dra. D.ª Lourdes WILLS RIVERA y Prof. Dr. D. Carlos LASARTE ÁLVAREZ.
Relatoría: Dra. D.ª Juana RUIZ JIMÉNEZ y D.ª Araceli DONADO VARA.

1. Las relaciones de convivencia y el cambio social.
2. Institucionalización jurídica de las uniones de hecho: homosexualidad y transexualidad.
3. Posibilidad de equiparación entre las uniones homosexuales y las uniones heterosexuales.
4. Derecho a casarse y derecho a no casarse.
5. Efectos patrimoniales derivados de las uniones de hecho.
6. Efectos personales derivados de las uniones de hecho.

7. La regulación en el ámbito autonómico y posibles conflictos interregionales.
8. Los pactos entre convivientes.
9. Conveniencia de su regulación y ámbito de la misma.
10. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

SECCIÓN 4.ª LOS RÉGIMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO Y DE LOS DIVERSOS GRUPOS FAMILIARES

Presidencia: Prof. Dr. D. Ulises PITTI y Prof.ª Dra. D.ª Lourdes BLANCO PÉREZ-RUBIO.

Relatoría: Dra. D.ª Marisela GONZÁLEZ LÓPEZ y Dra. D.ª Fátima YÁÑEZ VIVERO.

1. Disposiciones generales de los regímenes patrimoniales del matrimonio: el denominado “régimen matrimonial primario”.
2. Problemática jurídica de la vivienda familiar.
3. Los convenios reguladores del régimen patrimonial: las capitulaciones matrimoniales y los pactos prematrimoniales.
4. Régimen de sociedad de gananciales y otros regímenes de comunidad de bienes.
5. Régimen de separación de bienes.
6. Otros regímenes patrimoniales del matrimonio.
7. La publicidad registral de los regímenes patrimoniales.
8. Los cambios de régimen económico matrimonial en perjuicio de acreedores.
9. El patrimonio familiar en supuestos de quiebra y concurso de acreedores.
10. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

Sección 5.^a EL PARENTESCO Y LA FILIACIÓN: PATRIA POTESTAD; ALIMENTOS ENTRE PARIENTES; ADOPCIÓN; REPRODUCCIÓN O FECUNDACIÓN ASISTIDA; CLONACIÓN

Presidencia: Prof. Dr. D. Fernando HINESTROSA y Prof.^a D.^a Dra. M.^a Dolores DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ.

Relatoría: Dra. D.^a M.^a Paz POUS DE LA FLOR y Dra. D.^a Patricia LÓPEZ PELÁEZ.

1. El parentesco: relaciones jurídicas creadas.
2. El deber de alimentos entre parientes: derecho legal y convencional.
3. Filiación matrimonial.
4. Filiación no matrimonial.
5. Filiación adoptiva.
6. La patria potestad: relaciones jurídicas creadas.
7. Reproducción asistida y filiación.
8. Madres de alquiler: la maternidad subrogada.
9. La fecundación *post mortem*.
10. La clonación: el debate bioético.
11. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

SECCIÓN 6.^a LA PROTECCIÓN DEL MENOR, DE LA TERCERA EDAD Y LAS INSTITUCIONES TUTELARES: TUTELA, ACOGIMIENTO RESIDENCIAL Y FAMILIAR; LA GUARDA DE HECHO

Presidencia: Prof.^a Dra. D.^a Ivette COLL DE PESTAÑA.

Relatoría: Dra. D.^a Lourdes TEJEDOR MUÑOZ y Dra. D.^a Rosa Adela LEONSEGUI GUILLOT.

1. Derechos de las personas mayores.
2. Incapacitación e internamiento de los mayores.
3. Protección del anciano en el tráfico negocial.
4. La autotutela.
5. El patrimonio protegido de las personas con discapacidad.
6. El defensor del menor.

7. El interés superior del menor.
8. La capacidad del menor en el ejercicio de los derechos.
9. Derechos y deberes de los menores.
10. El internamiento del menor en Centros especiales.
11. Instituciones tutelares: tutela ordinaria, la tutela del Estado, curatela.
12. Acogimiento y sus clases.
13. La guarda de hecho.
14. Inmigración y menores.
15. Derechos del concebido.
16. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

SECCIÓN 7.^a LA FAMILIA Y LA HERENCIA: DISTINTOS ASPECTOS SUCESORIOS Y RELACIONES FAMILIARES

Presidencia: Prof. Dr. D. Héctor Roberto GOYENA COPELLO y Prof. Dr. D. Antonio HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS.

Relatoría: Dra. D.^a Carmen NÚÑEZ MUÑIZ y D.^a Lourdes TOUCHARD DÍAZ-AMBRONA.

1. Sistemas hereditarios: posibilidades de distribución de los bienes.
2. El testamento y los pactos sucesorios.
3. La sucesión intestada y la protección de la familia.
4. La sucesión forzosa: libertad de testar frente a sistemas de legítimas.
5. La capacidad para suceder *mortis causa*.
6. La sucesión contractual.
7. La protección de los familiares en la partición de la herencia.
8. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

SECCIÓN 8.^a LA FAMILIA ANTE EL DERECHO TRIBUTARIO

Presidencia: Prof. Dr. D. Javier LASARTE ÁLVAREZ.

Relatoría: Dra. D.^a Mónica ARRIBAS LEÓN y D.^a Rocío LASARTE LÓPEZ.

1. La familia ante la imposición sobre la renta.
2. La familia ante la imposición patrimonial; en particular, ante el Impuesto sobre Sucesiones.

3. Familia y tratamiento fiscal del ahorro.
4. Régimen tributario de la empresa familiar.
5. Familia y tratamiento fiscal de la vivienda.
6. Protección familiar mediante planes y fondos de pensiones.
7. Protección patrimonial de miembros de la familia con discapacidad.
8. Competencias de las Comunidades Autónomas en el régimen fiscal de la familia.
9. Uniones de hecho frente al Derecho Tributario.
10. Disolución del matrimonio ante el Derecho Tributario; en particular, régimen de las pensiones compensatorias y anualidades por alimentos.
11. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

SECCIÓN 9.^a LA VIOLENCIA FAMILIAR O DE GÉNERO: MALTRATO DOMÉSTICO; ASPECTOS CIVILES, PENALES Y PROCESALES

Presidencia: Prof.^a Dra. D.^a Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI y Prof. Dr. D. Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ

Relatoría: Dra. D.^a Teresa SAN SEGUNDO MANUEL y D. Alfonso SERRANO GIL

1. La violencia familiar o de género: concepto y ámbito.
2. El maltrato familiar. Antecedentes y realidad social actual.
3. Derecho a la intimidad y maltrato familiar.
4. Análisis de la conducta de maltrato: actos que lo integran, habitualidad y sujetos.
5. Legislación vigente en materia de violencia doméstica. Aspectos civiles, penales y procesales.
6. La violencia familiar o de género ante la justicia.
7. Repercusión de la violencia doméstica en los procedimientos de familia.
8. Respuesta judicial ante los actos de violencia doméstica.
9. La prueba de la violencia familiar y su valoración.
10. Medidas de seguridad, medidas cautelares y eficacia de las mismas.
11. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

SECCIÓN 10.^a LA VIVENCIA FAMILIAR EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: PROBLEMÁTICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Presidencia: Prof.^a Dra. D.^a Concepción ESCOBAR HERNÁNDEZ y Prof. Dr. D. Alfonso CALVO CARAVACA.

Relatoría: Dra. D.^a Mónica HERRANZ BALLESTEROS, Dra. D.^a Teresa MARCOS MARTÍN y D. Fernando GAYO WALDBERG.

1. La protección internacional de menores en un derecho globalizado: perspectivas de futuro.
2. Adopción internacional de menores.
3. La adopción internacional de menores en el marco del Convenio de La Haya de 1993.
4. La cooperación internacional entre autoridades en el Convenio de La Haya de 1993.
5. El quebrantamiento de los derechos de guarda y visita: especial referencia al secuestro de menores.
6. Procedimiento interno relativo a la devolución de los menores trasladados de forma ilícita.
7. Ejercicio del derecho de visita en el ámbito transnacional. Problemas relativos al secuestro de menores.
8. La deuda alimenticia y sus soluciones jurídicas en los supuestos internacionales.
9. Respuesta del Derecho comunitario a la protección de los menores.
10. La normativa familiar en la Unión Europea.
11. Puede elegir otros aspectos que temáticamente deban incluirse en esta sección.

NORMAS PARA LA PRESENTACIÓN DE TRABAJOS.—En principio, las aportaciones al Congreso pueden referirse a cualesquiera temas característicos del Derecho de Familia, por muy concretos que sean. Los contenidos temáticos indicados en el Programa, podrán ser en caso necesario objeto de refundición por los organizadores del Congreso, de modo que la aportación sería integrada en la correspondiente sección refundida. En todo caso, el Comité se reserva el derecho de adscribir el trabajo a otra subsección.

MODO DE REMISIÓN DE LOS TRABAJOS.—Habrán de ser remitidos, necesariamente por vía electrónica, a la página web del XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia <http://www.viajeselmonte.com/familia>

DATOS, TEMAS Y TÍTULO DEL TRABAJO.—Además de indicar sus datos personales y profesionales, el autor titulará su trabajo y lo adscribirá a la sección que estime oportuna y dentro de ésta a la subsección correspondiente.

CARACTERÍSTICAS DE LOS TRABAJOS.—Los interesados podrán presentar un único trabajo de forma individual o colectiva. Las características técnicas recomendadas son un máximo de 20 páginas tamaño DIN-A4, en procesador de textos word, letra times new roman, tamaño 12, espacio interlineado sencillo. La fecha límite de entrega es el 15 de septiembre de 2004. Además del texto de la ponencia, los congresistas deberán remitir por la misma vía un resumen o abstract de 500 palabras como máximo, antes del 15 de julio de 2004. El resumen expresará el contenido esencial de las aportaciones y, en su caso, las propuestas de futuro que el autor considere necesarias.

EXPOSICIÓN ORAL Y MEDIOS TÉCNICOS.—Tras la selección realizada por el Comité Organizador de las aportaciones para su exposición, se comunicará con la suficiente antelación a los congresistas el momento y tiempo concreto para ello. Podrán solicitar los medios técnicos que le resulten convenientes, indicándolo previamente a la organización (presentación en power point o transparencias).

En caso de que algún congresista inscrito no pueda desplazarse físicamente a la sede oficial del Congreso, cabe la posibilidad de que la relatoría de la sección temática haga la exposición en su nombre.

PUBLICACIÓN.—La presentación de los trabajos conlleva su posible inclusión en las publicaciones que resulten del Congreso. En todo caso, el resumen del trabajo se incluirá en el Libro de Abstracts o Resúmenes.

DATOS DE INTERÉS**Interés legal del dinero**

Año	%
1985	11
1986	10,50
1987	9,50
1988	9
1989	9
1990	10
1991	10
1992	10
1993	10
1994	9
1995	9
1996	9
1997	7,5
1998	5,5
1999	4,25
2000	4,25
2001	5,50
2002	4,25
2003	4,25
2004	3,75

Salario Mínimo Interprofesional (SMI) para 2004

15,35 euros/día o 460,50 euros/mes.

Índice de Precios de consumo. (Datos interanuales)

Año	Ene.	Feb.	Mar.	Abr.	May.	Jun.	Jul.	Ago.	Sep.	Oct.	Nov.	Dic.
1981	14,4	14,0	15,6	15,6	15,4	13,7	14,3	14,4	14,1	14,4	14,3	14,4
1982	14,5	14,8	13,6	14,0	15,1	16,1	15,3	14,7	14,0	13,8	13,2	14,0
1983	13,6	13,3	12,8	12,9	11,8	11,3	10,3	11,0	11,8	12,2	13,0	12,2
1984	12,1	11,9	12,2	11,2	11,3	11,4	12,7	12,0	11,4	10,5	10,0	9,0
1985	9,4	9,7	9,5	10,2	9,9	8,9	7,9	7,3	8,3	8,2	8,5	8,2
1986	9,3	9,0	8,6	7,8	7,8	8,9	9,4	9,5	9,5	9,3	8,2	8,3
1987	6,0	6,0	6,3	6,3	5,8	4,9	4,9	4,6	4,4	4,7	4,7	4,6
1988	4,5	4,3	4,5	3,9	4,0	4,4	4,7	5,8	5,7	5,2	5,4	5,8
1989	6,4	6,2	6,1	6,7	6,9	7,1	7,4	6,6	6,8	7,1	7,3	6,9
1990	6,7	7,3	7,0	7,0	6,8	6,5	6,3	6,5	6,5	7,0	6,7	6,5
1991	6,7	5,9	5,9	5,9	6,2	6,2	6,1	6,0	5,7	5,5	5,7	5,5
1992	6,0	6,8	6,9	6,5	6,5	6,2	5,2	5,8	5,8	5,2	5,1	5,3
1993	4,7	4,0	4,0	4,6	4,6	4,9	4,9	4,6	4,3	4,6	4,7	4,9
1994	5,0	5,0	5,0	4,9	4,9	4,7	4,8	4,8	4,5	4,4	4,4	4,3
1995	4,4	4,8	5,2	5,2	5,1	5,1	4,7	4,3	4,4	4,3	4,4	4,3
1996	3,9	3,7	3,4	3,5	3,8	3,6	3,7	3,7	3,6	3,5	3,2	3,2
1997	2,9	2,5	2,2	1,7	1,5	1,6	1,6	1,8	2,0	1,9	2,0	2,0
1998	2,0	1,8	1,8	2,0	2,0	2,1	2,2	2,1	1,6	1,7	1,4	1,4
1999	1,5	1,8	2,2	2,4	2,2	2,2	2,2	2,4	2,5	2,5	2,7	2,9
2000	2,9	3,0	2,9	3,0	3,1	3,4	3,6	3,6	3,7	4,0	4,1	4,0
2001	3,7	3,8	3,9	4,0	4,2	4,2	3,9	3,7	3,4	3,0	2,7	2,7
2002	3,1	3,1	3,1	3,6	3,6	3,4	3,4	3,6	3,5	4,0	3,9	4,0
2003	3,7	3,8	3,7	3,1	2,7	2,7	2,8	3,0	2,9	2,6	2,8	2,6
2004	2,3	2,1	2,1	2,7								

**Tabla estadística de pensiones alimenticias
(cuando un solo progenitor obtiene ingresos)**

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.170,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

**Tabla estadística de pensiones alimenticias
(cuando existe un solo hijo y ambos progenitores perciben ingresos)**

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos.
Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

AVANCES JURISPRUDENCIALES

TRIBUNAL SUPREMO

I. FILIACIÓN

- Caducidad de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial al haberse ejercitado después del plazo de un año establecido en el art. 136 del CC. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 26 de junio de 2003*).
- La madre de la menor respecto a la que se solicita la determinación de la paternidad extramatrimonial tiene legitimación para interponer la demanda, sin que la circunstancia de que no haya indicado expresamente que obra «en nombre y representación del hijo» sea obstáculo para ello. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 27 de junio de 2003*).
- Declaración de la paternidad al haberse aportado con la demanda unas fotografías que se probó habían sido tomadas en el dormitorio de la casa de la madre y una carta de ésta dirigida al demandado animándole a que reconociera a su hijo y que fue rehusada, uniendo a todo ello la negativa del demandado a someterse a las pruebas biológicas. (*T.S., Sala 1.ª, S. de 1 de julio de 2003*).
- Estimación de la acción de reclamación de paternidad al haberse acreditado la posesión de estado dada por el padre al hijo, sin que pueda entenderse que el comportamiento de aquel obedeciera a motivos altruistas, generosos o lastimeros, pues malamente pueden ser entendidos como tales desde un pensamiento racional, pues según su esposa, una vez que tuvieron conocimiento del embarazo prescindieron de los servicios domésticos de la madre del menor. (*T.S., Sala 1.ª S. de 3 de julio de 2003*).

II. RÉGIMENES ECONÓMICO MATRIMONIALES

- Carácter ganancial de la base económica de la farmacia, que comprende el local del negocio en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho de traspaso y demás elementos físicos-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia, con indepen-

dencia de que solo sea el farmacéutico el propietario de la oficina de farmacia. (T.S., Sala 1.^a, S. de 14 de mayo de 2003).

- Embargada la vivienda familiar como consecuencia de las responsabilidades dimanantes de un delito de apropiación indebida y falsificación mercantil cometido por el esposo, si la esposa no hace uso del beneficio concedido en el art. 1373 del CC y solicita la sustitución del embargo del bien por la parte que pueda corresponderle al esposo en la liquidación de la sociedad de gananciales, no puede el tribunal de oficio aplicar dicha norma. (T.S., Sala 1.^a, S. de 17 de junio de 2003).
- Desestimación de la acción de rescisión por lesión y de complemento a la adición al constar un documento privado de fecha posterior al convenio regulador donde se liquidó la sociedad de gananciales, en el que expresamente se establecían las bases correctas de la liquidación y en el que con claridad se incluía el bien que ahora se pretende adicionar. (T.S., Sala 1.^a, S. de 30 de junio de 2003).
- Eficacia de la venta de un bien ganancial realizada por el esposo al constar el consentimiento tácito de la esposa, procediendo en consecuencia la desestimación de la acción ejercitada por esta última. (T.S., Sala 1.^a, S. de 2 de julio de 2003).

III. VIVIENDA FAMILIAR

- Admisibilidad del ejercicio de la acción de división de cosa común e incluso de la venta en pública subasta del inmueble, si bien dicha venta no afectará al derecho de uso y ocupación de la vivienda atribuido judicialmente a la ex esposa, que quedará debidamente garantizado, en tanto persistan los requisitos fijados en el art. 96.1 del CC y cualquiera que sea el resultado de la ejecución de la sentencia. (T.S., Sala 1.^a, S. de 28 de marzo de 2003).

IV. PENSIÓN ALIMENTICIA

- Revocación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial que aumenta la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos cuando la madre no apeló la sentencia de instancia ni se adhirió a la apelación. (T.S., Sala 1.^a, S. de 7 de mayo de 2003).

V. PROCESAL

- Falta de legitimación activa de la madre para reclamar los alimentos impagados de hijos mayores de edad que ambos progenitores pactaron en un convenio extrajudicial, ya que su reclamación no se funda en una sentencia dictada en proceso matrimonial, ni es incardinable en el supuesto del art. 93.2 del CC. (T.S., Sala 1.^a, S. de 6 de junio de 2003).

- Al no constar acreditado en autos el último domicilio común —ya que no puede atenderse exclusivamente al dato del empadronamiento—, se declara la competencia del juzgado de residencia del menor, en el que también tuvo su domicilio demandado, para conocer de la demanda de reclamación de guarda y custodia y alimentos. (T.S., Sala 1.^a, A. de 11 de junio de 2003).
- Competencia jurisdiccional de los tribunales españoles para conocer de una acción de división de comunidad de bienes existente entre dos personas de nacionalidad extranjera cuyo matrimonio y divorcio no ha sido reconocido en España, habida cuenta que no resultan de aplicación las normas competenciales relativas a los efectos del matrimonio, sino a las que contemplan supuestos meramente patrimoniales. (T.S., Sala 1.^a, S. de 11 de junio de 2003).

VI. MENORES

- Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del menor ya que la entrevista que se le realiza y que posteriormente se difunde por televisión se hace en presencia y con consentimiento de la madre, representante legal del menor. (T.S., Sala 1.^a, S. de 26 de marzo de 2003).
- La atribución de la guarda y custodia a la madre no supone infracción del art. 14 de la Constitución no solamente porque falta el necesario juicio de comparación con otras situaciones idénticas sino porque el artículo 92 del Código civil es norma que habilita al Juez para, en función de la situación de hecho que resulte probada, decidir sobre la atribución de la guarda y cuidado al progenitor que se encuentre en mejor situación para cumplir con el deber propio de la patria potestad. (T.S., Sala 1.^a, S. de 9 de junio de 2003).
- Vulneración del derecho a la intimidad de una menor por la publicación en una revista de un reportaje que divulga datos relativos a su salud y que contienen constantes alusiones a su vida privada y familiar, difundiendo que ha sido portadora de anticuerpos del sida. (T.S., Sala 1.^a, S. de 27 de junio de 2003).
- Atribución de la guarda y custodia al padre habida cuenta de que no se justifican los retrasos reiterados en el inicio de la jornada escolar, que han provocado aviso del centro por tener una incidencia negativa en la evolución educacional de la niña, habiéndose requerido en diferentes ocasiones a la madre para que enmendase esta conducta. (T.S., Sala 1.^a, S. de 9 de julio de 2003).

VII. UNIONES DE HECHO

- Fallecido el conviviente de hecho sin disposición testamentaria se atribuye a la conviviente la cuarta parte de todos los bienes de los que era propietario sin incluir los que adquirió aquel por sucesión hereditaria, atribuyéndose igualmente a la conviviente la cantidad de cuatro millones que ya tiene percibida, el derecho de propiedad sobre la ropa, el mobiliario y los enseres que constituyen

el ajuar de la vivienda común con excepción de los objetos artísticos o históricos y los bienes de procedencia familiar del conviviente y el derecho, en todo caso, a la utilización vitalicia de la vivienda familiar. Todo ello en aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto a fin de no causar perjuicio a la conviviente que durante 53 años se dedicó al cuidado y atención del hogar y de la pareja. (T.S., Sala 1.^a, S. de 17 de junio de 2003).

VIII. CONTRATOS ENTRE PADRES E HIJOS

- La acción de anulabilidad por dolo de un contrato de cesión de bienes a cambio de una renta vitalicia puede ejercitarse dentro del plazo de cuatro años desde la consumación del contrato, esto es, desde el momento en que están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, y en este caso, ejercitada la acción en vida de la beneficiaria de las rentas, no existe prescripción. Entrando en el fondo de la cuestión, la demanda se desestima al no acreditar la actora el vicio del consentimiento. (T.S., Sala 1.^a, S. de 11 de junio de 2003).
- Desestimación de la demanda que pretendía la resolución de un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos al haberse acreditado que fueron los padres los que voluntariamente abandonaron el domicilio de los hijos, no habiéndose acreditado por otro lado la existencia de malos tratos o vejaciones. (T.S., Sala 1.^a, S. de 1 de julio de 2003).

IX. SUCESIONES

- La repudiación afecta a la totalidad del caudal hereditario, sea o no conocido por el que repudia la herencia, no pudiendo realizarse de forma parcial, respecto de unos bienes sí y de otros no, renunciándose a la condición de heredero y no a la titularidad de todos o cada uno de los bienes que integran el caudal hereditario. Por tanto, quien renunció a la herencia no puede posteriormente instar una adición a la partición de bienes no incluidos inicialmente en ella al carecer de legitimación «ad causam» para el ejercicio de la acción. (T.S., Sala 1.^a, S. de 28 de marzo de 2003).
- Habiendo donado los padres a la hija la propiedad de unos inmuebles dos meses antes de que se llevase a cabo el embargo de dichos inmuebles para el pago de una deuda de los padres, se estima la tercería de dominio interpuesta por la hija, al no ser posible, dentro del procedimiento de tercería de dominio, ejercitar por vía de reconvención, como así hizo la entidad acreedora, una acción rescisoria o pauliana. (T.S., Sala 1.^a, S. de 28 de marzo de 2003).
- Revocación de la donación efectuada por la madre a favor de la hija sobre un inmueble embargado por la administración tributaria, ya que al haber sido una transmisión gratuita de acuerdo al párrafo primero del art. 1297, se presume que se ha hecho en fraude de los acreedores; presunción esta que entiende la jurisprudencia es de aquellas que se conocen como de «iuris et de iure», esto es, que no admite prueba en contrario. (T.S., Sala 1.^a, S. de 22 de abril de 2003).

X. INCAPACIDAD

- A pesar de que la actora en su demanda interesó la práctica de una prueba pericial psiquiátrica para apreciar la capacidad de la demandada y que el juzgado acordó que ésta se llevase a efecto por el médico forense, resulta irrelevante que este profesional carezca de la especialización en psiquiatría, ya que posee los conocimientos necesarios para detectar cualquier anomalía psíquica que hubiese podido presentar la demandada y aconsejar, en tal caso, que fuese reconocida por un especialista. (T.S., Sala 1.^a, S. de 14 de mayo de 2003).

XI. PENAL

- Condena por un delito de alzamiento de bienes a una madre y su hija por la cesión que la primera hizo a la segunda de una serie de bienes en pago de alimentos, cuando aquella era deudora frente a terceros. (T.S., Sala 2.^a, S. de 30 de abril de 2003).
- A pesar de que la madre ha sido condenada por un delito de lesiones causadas a su hijo menor al suministrarle un biberón con sustancias estupefacientes, no existiendo una previsión específica para este tipo de delitos, no puede acordarse automáticamente la privación de la patria potestad. (T.S., Sala 2.^a, S. de 21 de mayo de 2003).
- Condena por un delito de coacciones al padre que no devolvió las hijas a su madre, siendo absuelto por el delito de desobediencia y amenazas. (T.S., Sala 1.^a, S. de 5 de junio de 2003).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

I. CAUSAS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

- Se desestima la acción de nulidad matrimonial solicitada en base a la falta de consentimiento al no acreditarse que la única finalidad fuera permitir que la esposa adquiriera la nacionalidad española, no habiéndose acreditado por otro lado la falta de noviazgo ni de convivencia. (AP ALMERÍA, Sec. 3.^a, S. de 23 de enero de 2004).

II. GUARDA Y CUSTODIA

- Atribución de la guarda y custodia al padre en vista del rechazo frontal de las hijas frente a la madre, habiéndose acreditado por otro lado que las mismas son atendidas correctamente por el padre y por los abuelos paternos, no siendo obstáculo para la anterior conclusión que el padre esté ingresado en prisión con

el tercer grado penitenciario. (*AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª, S. de 15 de octubre de 2003*).

- Aun cuando ambos progenitores se encuentran capacitados para ostentar la guarda y custodia de la menor, habida cuenta que actualmente la menor esta correctamente atendida en el entorno familiar materno, no procede modificar la medida, no siendo obstáculo para ello la actitud negativa de la madre a la relación paterno filial después de haberse declarado la paternidad en un procedimiento de reclamación de filiación. (*AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 20 de octubre de 2003*).
- Ante la admisible petición del padre, durante la tramitación de la apelación, del cambio de custodia de los hijos a su favor por nuevos hechos, como son el cambio de domicilio de una ciudad a otra, se deniega tal pretensión al no acreditarse perjuicio para los menores, sin ser relevante la falta de notificación. (*AP CIUDAD REAL, Sec. 1.ª, S. de 7 de noviembre de 2003*).
- Se atribuye al padre la guarda y custodia de los dos hijos menores no matrimoniales, que se encuentran ingresados en residencia pública por declaración de desamparo, fijando régimen de visitas a favor de la madre. No contradice la resolución administrativa de desamparo que cesará cuando desaparezcan los motivos que lo generaron. (*AP ALMERÍA, Sec. 3.ª, S. de 18 de diciembre de 2003*).

III. RÉGIMEN DE VISITAS

- Se mantiene un régimen de visitas restrictivo padre-hija, sin pernocta, hasta que cumpla los cuatro años, no siendo modificable hasta los tres años, dado que no se está cumpliendo perfectamente el régimen y la relación paternofilial durante los dos primeros años de edad de la hija fue prácticamente nula. (*AP MÁLAGA, Sec. 4.ª, S. de 11 de septiembre de 2003*).
- Se fija un régimen de visitas padre e hija de 12 años muy restringido de unas horas a la semana, sin pernocta y progresivo, pues aunque se despreocupó de la menor durante años, no ha de verse en las visitas un riesgo para la hija, sino un beneficio. (*AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, S. de 16 de octubre de 2003*).
- Al cambiar la residencia la madre que tiene atribuida la custodia se modifica el régimen de visitas y la forma de traslado, en bien del menor, debiéndose repartir entre las partes las consecuencias de la distancia de los domicilios de ambos. Se reducen las visitas y se encarga a la madre el traslado de la menor. (*AP ALBACETE, Sec. 1.ª, S. de 2 de diciembre de 2003*).

IV. VIVIENDA FAMILIAR

- A pesar de que el esposo tenga la condición de minusválido no procede atribuirle el uso de la vivienda familiar con carácter vitalicio, debiendo establecer-

se una limitación temporal que debe hacerse coincidir con la liquidación de la sociedad de gananciales. (AP MÁLAGA, Sec. 4.^a, S. de 16 de septiembre de 2003).

V. PENSIÓN ALIMENTICIA Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

- Se suprime la pensión alimenticia establecida en proceso matrimonial a favor de hija mayor de edad, que viene realizando trabajos esporádicos, pues no cabe exigir, dada la inestabilidad laboral actual y el régimen de contratación temporal predominante en el mercado, que la alimentista obtenga un trabajo fijo. Basta, pues, una cierta peridiocidad en el empleo para concluir que el acceso de la hija a la vida laboral, aunque sea periódico o irregular, impide la aplicación del art. 93 del CC. (AP MÁLAGA, Sec. 4.^a, S. de 12 de septiembre de 2003).
- Se incrementa la pensión alimenticia a favor de la hija menor, pues la proporcionalidad se refiere no a ingresos sino a medios del obligado, y si tiene patrimonio exige aumentar la cuantía. El pago de las cuotas del préstamo hipotecario no afecta al importe de la pensión alimenticia por cuanto tienen su propio cauce de reembolso. (AP ALBACETE, Sec. 1.^a, S. de 26 de septiembre de 2003).
- Se incrementa la cuantía de la pensión alimenticia a favor de los hijos, puesto que el crecimiento de los hijos conlleva mayores necesidades y más gastos, además de los incrementos retributivos del obligado, y por encima de ciertos niveles los alimentos no sólo cubren necesidades, sino que existe un derecho subjetivo a participar en el nivel de vida de sus progenitores. (AP BADAJOZ, Sec. 3.^a, S. de 28 de octubre de 2003).
- Se suprime la pensión alimenticia a favor de hija de 23 años que ha accedido temporalmente a puestos de trabajo, y aunque en la actualidad se encuentra en desempleo, se estima que es una situación coyuntural, sin perjuicio de poder solicitar alimentos en juicio aparte a ambos progenitores. (AP BARCELONA, Sec. 12.^a, S. de 18 de diciembre de 2003).

VI. PENSIÓN COMPENSATORIA

- Difícilmente puede apreciarse desequilibrio económico en un matrimonio que apenas duró año y medio; a lo que habrá que añadir que cada cónyuge tiene su trabajo y que si bien el marido se ha quedado con la vivienda, dicha adjudicación lleva aparejada el pago del préstamo hipotecario. (AP MÁLAGA, Sec. 4.^a, S. de 11 de septiembre de 2003).
- La concertación de nuevos préstamos por el obligado a satisfacer la pensión compensatoria no puede considerarse como alteración sustancial de las circunstancias, y no puede perjudicar a la beneficiaria, sino que sus consecuen-

cias corresponde asumirlas a aquél. (*AP ALBACETE, Sec. 1.ª, S. de 30 de septiembre de 2003*).

- Se suprime la pensión compensatoria establecida a favor de la esposa en la sentencia de instancia, dado que después de dictada ésta y en comunicación escrita enviada al marido, aquélla participa su traslado al extranjero donde tiene trabajo estable. Se admiten los hechos en base a lo dispuesto en el art. 752 LEC. (*AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, S. de 31 de octubre de 2003*).
- Se reduce el importe de la pensión compensatoria reconocida a la esposa, dado que ésta percibe en la actualidad una pensión no contributiva, debiéndose tener en cuenta los ingresos presentes de aquélla y los del obligado. (*AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 5 de noviembre de 2003*).
- En el procedimiento de divorcio se especifica la pensión de levantamiento de cargas matrimoniales señalada con carácter general en proceso de separación, declarándose que el 37,5% de la misma corresponde a pensión compensatoria y el resto a pensión por alimentos en favor del hijo menor. (*AP ALICANTE, Sec. 4.ª, S. de 13 de noviembre de 2003*).
- Se establece en proceso de divorcio que la pensión alimenticia de la esposa se convierta en pensión compensatoria, aunque no se formuló reconvencción expresa, pues no cabe alegar la inadmisibilidad de la reconvencción implícita al ser cuestión ya planteada en demanda, aunque sea para indicar su improcedencia. (*AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 4 de diciembre de 2003*).

VII. CUESTIONES PROCESALES

- A pesar de que tanto el actor como el demandado solicitaron en su demanda principal y reconvenicional el divorcio, siendo por causas distintas, debió seguirse el trámite de la reconvencción previsto en la LEC, con traslado a la parte contraria para contestación a la misma. (*AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª, S. de 31 de octubre de 2003*).

VIII. CONVENIO REGULADOR

- Validez y eficacia del convenio regulador y del anexo suscrito por los cónyuges en el que el esposo se obligaba al pago de una determinada pensión compensatoria y del importe íntegro de la hipoteca con independencia de la liquidación de gananciales. (*AP CÓRDOBA, Sec. 2.ª, S. de 20 de octubre de 2003*).

IX. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS

- No cabe la retroacción de los efectos de la sentencia de apelación modificando las medidas a la fecha en que se dictó la sentencia de instancia. (*AP SEVILLA, Sec. 8.ª, A. de 8 de octubre de 2003*).

X. REGÍMENES ECONÓMICOS

- No existe presunción de ganancialidad de la deuda, negándose la inclusión en el pasivo de un crédito suscrito únicamente por el marido en fecha muy próxi-

ma al auto de medidas, no habiendo acreditado que fue destinado a la atención o en beneficio de la familia o a otros fines de los que dan lugar a la responsabilidad del haber ganancial. (AP ASTURIAS, Sec. 7.ª, S. de 30 de septiembre de 2003).

- Carácter de gananciales de las participaciones de la S.R.L. constituida constante la sociedad de gananciales, sin que la acreditación de la venta de un vehículo privativo de uno de los cónyuges haya destruido la presunción de ganancialidad en cuanto al capital utilizado para la constitución de la sociedad. Es indiferente que como socio aparezca únicamente uno de los cónyuges. (AP CÓRDOBA, Sec. 1.ª, S. de 31 de octubre de 2003).

XI. PROCEDIMIENTOS DE MENORES

- Se desestima la pretensión de acogimiento preadoptivo instado por la entidad pública, manteniéndose la vinculación de los padres biológicos de los menores, dada su mejoría desde el momento que han invertido el dinero entregado por entidades públicas en la reforma de la vivienda, intentos y realización de trabajos como temporeros y sometimiento del padre a tratamiento de metadona, con los correspondientes análisis. (AP MÁLAGA, Sec. 4.ª, S. de 18 de septiembre de 2003).
- Por vía del 158 del CC y a instancias del M.º Fiscal se concede la guarda de los menores a la Administración, al haber cambiado la actitud de los padres biológicos desde la anterior sentencia que apreciaba riesgo pero no desamparo, al no haber cumplido con el seguimiento establecimiento, y por su comportamiento pasivo, pues ni siquiera han cubierto las necesidades mínimas en el ámbito sanitario, educativo e higiénico. (AP MÁLAGA, Sec. 6.ª, S. de 25 de septiembre de 2003).
- Revocación de la declaración de desamparo y entrega del menor a su madre sin perjuicio de adoptarse una serie de medidas de seguimiento tanto en relación con la madre como con el menor. (AP BARCELONA, Sec. 12.ª, S. de 19 de noviembre de 2003).